Das Wartrecht des Käufers beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Alfred Steller

aus Berlin-Steglitz.

Marburg 1928

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser).

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg angenommen am 14. Juni 1928.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Gliederung.

Literatur.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1911.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900.
Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts 1902.
Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse 1915.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1905.
Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1924 u. 1913.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1906.
Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen 1926.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 2, 1918.
Hellmann, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch 1897.
Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.
Oertmann, Kommentar zum BGB., 3.—4. Aufl.
Planck, Kommentar zum BGB., 4. Aufl.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch, Allgemeiner Teil 1899.
Staub, Kommentar zum HGB., 11. Aufl. 1921.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. 1912.
Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 2. Aufl. 1913.
Brecht, Bedingung und Anwartschaft, (v. Iherings Jahrb. Bd. 61, S. 263 ff.).
Brunner, Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechts, (Festgabe für Dernburg am 4. 4. 1900, S. 39 ff.).
Cohen, Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehalts, (Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 21, S. 705 ff.).
Flatau, Zwangsvollstreckung in Leihmöbel 1910.
Fuchs, Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen. (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 34, S. 368 ff.).
Jaffè, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf, Leipziger Dissertation 1910.
v. Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 3, 1877.
v. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte. (Jahrb. X).
Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 1907.
Neumann, Ueber die Rechtswirksamkeit von Verfügungen während des Schwebens einer aufschiebenden Bedingung. (Rostocker Dissertation 1905).
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. (In Festgabe für Koch 1903, S. 205 ff.).
Semeka, Das Wartrecht, (Archiv für bürgerliches Recht Bd. 35, S. 121 ff.).
Strohal, Urteilsrechtskraft und Rechtsnachfolge. (Festgabe für Degenkolb 1905, S. 135 ff.).
Wanjura, Der Eigentumsvorbehalt an Grundstücken und an Fahrnis. (Breslauer Dissertation 1907).
Zeitschrift „Das Recht".
Juristische Wochenschrift.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Protokolle zum BGB.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl. 1916.

A. Einführung.

Der § 455 BGB lautet: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt".

Die Rechtsstellung, die der Käufer während der Schwebezeit, d. h. vom Augenblick der bedingten Uebereignung bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung inne hat, nennen wir das Wartrecht des Käufers.

Der Begriff des Wartrechts ist bereits von der neueren germanistischen Literatur angewendet worden, und zwar auf das Recht des Erben, das die Verfügungsfreiheit des Erblassers beschränkt. Als Wartrecht wird hier nicht nur die bloße Anwartschaft an fremdem Vermögen bezeichnet, sondern „das Wort wird mit Fug in so weitem Sinne genommen, daß es auch die Fälle in sich schließt, in welchen die Beschränkung des Erblassers auf einer zwischen ihm und den Erben bestehenden Vermögensgemeinschaft beruht. Solcher Sprachgebrauch ist ein Bedürfnis, da nach dem Gange der historischen Entwicklung und nach Lage der Quellen eine feste Grenze zwischen Rechtsgemeinschaft und Anwartschaft nicht leicht zu ziehen ist"[1]).

Diese Grenze ist in der Literatur bisher auch bei der Rechtsstellung, der unsere Betrachtung gewidmet ist, nicht festgestellt worden, und sie ist auch in den meisten praktischen Fällen schwer erkennbar. Deshalb haben wir die übliche Bezeichnung „Anwartschaft", die einseitig die Erwartung eines zukünftigen, gegenwärtig noch fremden Rechts betont, vermieden. Auch ist der Ausdruck insofern „unklar, als er gerade für die Frage, ob schon ein Recht vorliegt, nichts aussagt"[2]).

Die Gepflogenheit, sich bei Kreditkäufen durch den Vorbehalt des Eigentums zu schützen, kam in Deutschland kurz nach der Rezeption des römischen Rechts auf. Zunächst wandte man das „pactum reservati dominii"[3]), wie der Sicherungsvertrag damals genannt wurde, nur im

---

1) Brunner, Beiträge zur Geschichte des Wartrechts a. a. O. S. 41.

2) F. Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 13.

3) Ob das p. r. d. seinen Ursprung direkt im römischen Recht hat, ist bestritten. Wie Wanjura auf Grund der Untersuchungen Bades und Leonhardts ausführt,

Grundstücksverkehr an [1]). Ein Bedürfnis, die Anwendung auch auf den Kauf beweglicher Sachen auszudehnen, bestand nicht; denn in der mittelalterlichen Stadt, der Trägerin des damaligen Handels, hatte sich die Gewährung eines Realkredits nur beim Kauf von Grundstücken eingebürgert, während der Mobilienverkehr zur Blütezeit des Handwerks überhaupt von geringer Bedeutung war.

Als erstes deutsches Gesetz nahm die kursächsische Prozeßordnung (1622) den Eigentumsvorbehalt in ihren Titel 42 auf. Die nächste gesetzliche Fixierung erfolgte 1794 im preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR I, 11 § 266) [2]). Erst von dieser Zeit an gewann die Institution des Eigentumsvorbehalts allmählich auch beim Mobiliarkauf Raum. Zu Ende des 18. Jahrhunderts stand die damals schon erkannte Problematik dieser gesetzlichen Einrichtung im Vordergrunde juristisch wissenschaftlichen Interesses. Sie war derzeit, wie Cohen sagt, „ein Tummelplatz für die des Doktorhutes lüsternen Jünger der Jurisprudenz" [3]). Doch erübrigt es sich, ihren Arbeiten nachzugehen, denn mit der Einführung des BGB bekommt jede Untersuchung der Frage eine neue Grundlage, im allgemeinen durch die streng durchgeführte Trennung dinglicher und obligatorischer Rechtsbeziehungen, im Speziellen durch die Auslegungsregel des § 455 BGB und die Vorschriften über die Bedingung §§ 158 ff. Eine auch nur analoge Anwendung des § 455 beim Kauf von Grundstücken ist wegen der Bestimmung des § 925 BGB ausgeschlossen, nach der eine Auflassung nur unbedingt erfolgen kann.

Trotz dieser durchgreifenden Neuregelung sind wir berechtigt, das pactum reservati dominii als Vorläufer des heutigen Eigentumsvorbehalts zu bezeichnen; denn der Zweck bleibt derselbe: die Sicherung des Verkäufers gegen Sachverlust bei Ausfall der Zahlung und die

---

scheinen die von Cohen angeführten Fälle des corpus juris wohl auf einen Eigentumsvorbehalt hinzuweisen; auf eine diesbezügliche ausdrückliche Abrede lassen sie jedoch nicht schließen. (Vgl. Wanjura, der Eigentumsvorbehalt an Grundstücken und Fahrnis, S. 2—3 und die dort angeführten Schriftsteller.)

1) Vgl. hierzu Cohen, Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehalts in Grünhuts Zeitschrift Bd. 21. S. 692 ff.

2) Aus der Vorschrift der kursächsischen Prozeßordnung ist zu entnehmen, daß der ausdrückliche Vorbehalt des Eigentums dem Verkäufer auch tatsächlich während der Schwebezeit das Eigentumsrecht erhält, zumindest aber ihm ein primäres Pfandrecht nach Art einer an erster Stelle stehenden Mobiliarhypothek verschafft. So heißt auch die erste Monographie über den Eigentumsvorbehalt: de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita. (Göbbe 1706; vgl. Cohen a. a. O. S. 695.) Die Vorschrift des ALR. hingegen gibt der Vereinbarung des Vorbehalts die „Kraft einer auflösenden Bedingung", also nicht die Kraft einer Eigentumserhaltung, sondern die einer Wiederbelebung. Da dem Rechte des Verkäufers insofern ein dinglicher Inhalt versagt war, wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts anstelle dieser nicht ausreichenden Sicherung in der Praxis des preuß. Rechts auch eine Vereinbarung, nach der der Uebertragung eine Suspensivbedingung hinzugefügt wurde, als Eigentumsvorbehalt anerkannt, jedoch nur beim Kauf beweglicher Sachen. (Vgl. Wanjura a. a. O. S. 23/24.)

3) Cohen a. a. O. S. 696.

Berechtigung des Käufers, die Sache bereits vor dem Erwerbe des Eigentumsrechts zu benutzen.

Die einzelnen rechtlichen Beziehungen, die sich aus dem eigentümlichen Zustand ergeben, daß der Käufer die gekaufte Sache besitzt, ohne gleichzeitig Eigentümer zu sein, sind in Literatur und Rechtsprechung recht verschieden beurteilt worden. Im allgemeinen ist man sich nur darüber einig, daß unser Wartrecht eine gegenwärtige subjektive und übertragbare Rechtstellung ist, und in der Tat wird auch vom Gesetze selbst das Wartrecht in „allen erkennbaren Beziehungen" wie ein subjektives Recht behandelt [1] [2]).

Damit sind aber die Schwierigkeiten einer einheitlichen Beurteilung der Rechtslage während der Schwebezeit nicht beseitigt. Gedacht ist hier z. B. an die vielumstrittene Frage, ob der Käufer Besitzmittler des Verkäufers sei, und im Zusammenhang damit, wer die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache zu tragen habe. Eine größere Bedeutung denn je hat in der heutigen Zeit geschäftlicher Katastrophen die Frage, ob mit der bedingten Uebereignung der Kaufvertrag im Sinne des § 17 KO. als erfüllt zu gelten habe. Unklarheit herrscht ferner über den Zeitpunkt, wann der Vorbehaltskäufer beim Erwerb vom Nichtberechtigten im guten Glauben sein muß. Genügt Gutgläubigkeit im Augenblick der bedingten Uebereignung, oder muß diese bis zum Eintritt der Bedingung anhalten? — Auch darüber, ob der Käufer zur Uebertragung seiner Rechtsstellung auf einen Dritten die Zustimmung des Eigentümers brauche, sind die Ansichten geteilt. Schließlich ist die grundsätzliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob und in wie weit der Käufer bereits während der Schwebezeit zu Verfügungen über den Gegenstand des Geschäfts berechtigt sei.

Ueber diese und andere Fälle des praktischen Lebens im einzelnen codifizierte Entscheidungen zu treffen, lag nicht in der Absicht des Gesetzgebers. Trotzdem ist Einheitlichkeit in der logischen Verfolgung gesetzlicher Tatbestände auch das Ziel unseres Gesetzes. Wenn diese in unserem Falle bisher nicht erreicht ist, so liegt der Grund darin, daß jeder Richter weniger unter Auslegung bestehender Gesetzesbestimmungen, als nach selbständiger, dogmatisch-systematischer Konstruktion einer in ihren gesetzlichen Grundlagen nicht klar fixierten Rechtsstellung urteilt. Der oft gebrauchte Begriff eines „bedingten Rechts" kann zur Klärung wenig beitragen [3]). Abgesehen von der rechtlichen Unmöglichkeit dieses Begriffs — ein Recht ist immer ein Zustand und daher jeder Be-

---

1) Vgl. **Enneccerus** Allg. Teil S. 513.

2) So erscheint z. B. in den Vorschriften der Z. P. O. §§ 916, 936 und K. O. §§ 154, 168, 171 „der bedingte Anspruch als ein Vermögensrecht. Dies gilt auch dann, wenn das Eigentum bedingt übertragen ist". (Vgl. Rehbein, Bürg. Recht § 158 II, 1. S. 234.

3) Vgl. S. 9/10.

dingung feindlich — muß jeder unter dieser Bezeichnung das Recht verstehen, das erst mit dem Eintritt der Bedingung entsteht, nicht aber die Rechtsstellung, die dem zukünftigen Rechte vorausgeht: Das Wartrecht [1]).

Unsere Aufgabe wird es sein, außer der Darlegung der eigenen Anschauung die hauptsächlichsten und in ihrer Verschiedenheit charakteristischen Darstellungsmöglichkeiten des Wartrechts auf ihren wissenschaftlichen und praktischen Wert hin zu prüfen und das Ergebnis unserer Untersuchung auf wichtige Fälle des praktischen Rechtslebens anzuwenden.

Gleichzeitig ist der Beweis zu erbringen, daß die objektiven Rechtssätze, die auf die Rechtsstellung des Käufers während der Schwebezeit Bezug nehmen, in ihrer Zusammenfassung dem Käufer ein Rechtsgut verleihen, mit dem auch das Recht eigener Geltendmachung verbunden ist. Dann ist die Annahme eines gegenwärtigen subjektiven Rechts und damit der Name „Wartrecht" gerechtfertigt.

---

1) Planck (1913 § 158) bezweifelt mit Recht auch die Korrektheit des Ausdrucks „bedingtes Rechtsgeschäft", da nicht das Rechtsgeschäft, sondern die dadurch bezweckte Wirkung bedingt sei. Da aber diese Bezeichnung infolge des Wortlauts des § 158 sich gebildet hat und ihr Sinn allgemein klar ist, wollen auch wir sie beibehalten.

B. Ueberblick über die verschiedenen Möglichkeiten der Betrachtung auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen.

Die gesetzlichen Voraussetzungen, von denen jede Betrachtung ausgehen muß, sind folgende:

Die Vorschrift des § 455 stellt eindeutig die Unbedingtheit des Kaufvertrages selbst fest; denn das Gesetz gibt dem Verkäufer ausdrücklich die Möglichkeit, im Falle eines Zahlungsverzuges des Käufers vom Vertrage zurückzutreten. Zurücktreten kann man aber nur von einem endgültig, d. h. unbedingt abgeschlossenen Vertrage.

Unabhängig hiervon ist zu berücksichtigen, daß die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts im Rahmen des obligatorischen Vertrages getroffen wird [1]). Es wird zu prüfen sein, ob hierdurch eine Modifizierung des Kaufvertrages erfolgt ist oder ob ein gemischter Vertrag vorliegt.

Durch den Vorbehalt bedingt ist nur die Eigentumsübertragung, und zwar erfolgt sie unter der aufschiebenden Bedingung der Bezahlung des Kaufpreises. Der Eintritt dieser Bedingung wirkt gemäß der Vorschrift des § 158 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Wegen dieser Vorschrift bleibt die Frage, ob das erwartete Recht eintritt oder nicht, für die Beurteilung des Wartrechts ohne Bedeutung [2]). Auch wenn die Bedingung ausfällt oder der Verkäufer wegen Zahlungsverzuges des Käufers vom Vertrage zurücktritt und damit das Wartrecht endigt, so wird dieses trotzdem hierdurch nicht rückwirkend aus der Welt geschafft, ebensowenig wie die unabstreitbare Tatsache, daß der Käufer die gekaufte Sache im Besitz und Gebrauch gehabt hat. Für die Erklärung der Rechtsnatur des Wartrechts bleiben einzig die rechtlichen Umstände maßgebend, die den sog. „Schwebezustand" einleiten: Der mit der Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts verbundene Kaufvertrag und die durch den Vorbehalt bedingte Eigentumsübertragung, eine bedingte Verfügung.

---

1) Ob die Vereinbarung beim Abschlusse des Kaufvertrages erfolgt oder gelegentlich der Uebergabe der Sache nachgeholt wird, ändert an der Rechtslage nichts.

2) Vereinzelt trifft man allerdings noch die Anschauung, daß in der Vorschrift des § 161 BGB eine streng auszulegende Ausnahme von der durch § 158 ausgeschlossenen Rückwirkung zu erblicken sei. (Z. B. Hellmann Vorträge S. 160, Riedner, D. J. Z. 07, S. 569.) Die Gründe, weshalb wir mit der herrschenden Lehre diese Ansicht ablehnen, werden noch an anderer Stelle darzulegen sein.

Eine Sachgebundenheit nach Art eines für den Eigentümer bestellten Pfandrechtes anzunehmen, wie es die gemeinrechtliche Anschauung[1]) war, ist nach dem heutigen Recht unmöglich: Die strenge Durchführung des Faustpfandprinzips, sowie der Zweck des Pfandrechts, die Befriedigung aus der Sache, schließen eine analoge Beurteilung des Wartrechts aus. Auch die Theorie einer reinen „Willensgebundenheit", die Windscheid vertrat, hat im geltenden Recht keinen Raum mehr, da nicht nur das Dürfen, sondern auch das rechtliche Können des Bedingt-Verfügenden durch den § 161 schon während der Schwebezeit beschränkt ist[2]).

Ueber die Beurteilung des Wartrechts durch die heutige Literatur ist auf Grund der gesetzlichen Voraussetzungen zunächst festzustellen, daß es unzutreffend oder zum mindesten unglücklich gewählt ist, von einer „Vorwirkung" zu sprechen[3]); denn hierbei bleibt der Fall unberücksichtigt, daß das spätere Recht, von dem die Vorwirkung ausgehen soll, garnicht eintritt.

Aus demselben Grunde ist die Ansicht abzulehnen, daß während der Schwebezeit ein allmähliches Anwachsen der Anwartschaft zum Vollrecht vor sich ginge, sodaß bei Eintritt der Bedingung das Vollrecht ausgereift sei. Dieser Ansicht ist außerdem entgegen zu halten, daß die Entwicklung, wenn man überhaupt von einer solchen sprechen kann, „ruckweise" vor sich geht[4]); denn die Umwandlung des Wartrechts in das Vollrecht geschieht nicht allmählich, sondern mit einem Schlage durch den Eintritt der Bedingung. Die Darstellung Iherings, der diese Ansicht in der Literatur zuerst vertrat, entspringt in ihrer Bildhaftigkeit mehr dem Gefühl als einem näheren Eingehen auf den Kern der Rechtsstellung, auf die durch das Gesetz geschaffenen positiven Tatbestände[5]). Auch würde heute die Auffassung Iherings, daß das Vollrecht sich aus der „embryonalen Vorstufe" des Anwartschaftsrechts entwickele, gegen einen Hauptgrundsatz des bürgerlichen Rechts verstoßen. Denn ein dingliches Recht, das sich nur quantitativ vom Eigentum unterscheidet, das gewissermaßen das Eigentum selbst mit nur geringeren Ausübungsmöglichkeiten ist, ist dem BGB fremd; dieses wird vielmehr „beherrscht von dem Gedanken, daß die begrenzten dinglichen Rechte auch inhaltlich vom Eigentum verschieden sind"[6]).

Sachlicher, wenn auch ebenfalls die Rechtstellung nicht scharf kennzeichnend, sind die Bezeichnungen „Rechtsstand" (Mittelding zwischen Recht und bloßer Rechtslage)[7]) oder „Eigentümliches, an das Miteigen-

---

1) In Anlehnung an v. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrbuch X, S. 533/34: „Was macht es für einen Unterschied ob ich dem A sage: Du sollst, wenn ich innerhalb bestimmter Zeit nicht zahle, das Recht haben, das Eigentum meiner Sache auf einen anderen zu übertragen, oder: Du sollst es selber haben?"

2) Vgl. Fuchs, im Archiv f. bürg. Rechte Bd. 34 S. 398/99.

3) So z. B. Crome, System d. B. R. Allg. Teil, S. 440.

4) Fuchs a. a. O. S. 405, Anm. 68.

5) Ihering Jahrbuch X S. 461, Geist d. r. R. III, S. 168.

6) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 412.

7) Kohler, Lehrbuch des BRB 569, § 249, II.

tum erinnerndes Gemeinschaftsverhältnis"[1]). Inwieweit diese Rechtsgedanken zutreffen, wird das Ergebnis unserer Betrachtung lehren.

Auch für die Begutachtung einiger anderer charakteristischer Auffassungen müssen wir erst auf die Grundlagen der Wartrechtsstellung näher eingehen. Hier sei nur wegen der besseren Uebersicht eine kurze Kennzeichnung der einzelnen Ansichten gegeben:

Als herrschend ist heute die Ansicht zu bezeichnen, daß das Wartrecht ein subjektives, veräußerliches und übertragbares Recht ist, und zwar ein dingliches Recht auf den Erwerb des Eigentums mit obligatorischen Nebenbeziehungen hinsichtlich des Gebrauchsrechts des Käufers[2]).

Ganz verneint wird das Bestehen obligatorischer Beziehungen nach der bedingten Uebereignung von Flatau. Nach ihm hat der Verkäufer trotz des noch ausstehenden Eigentumsüberganges den Vertrag voll erfüllt[3]).

Im Gegensatz hierzu anerkennt Staub während der Schwebezeit neben der dinglichen Gebundenheit des Verkäufers ein selbständiges obligatorisches Verhältnis der Parteien und zwar ein Vertrauensverhältnis ähnlicher Art wie bei der Sicherungsübereignung[4]).

In seinem beachtlichen Werke: „Bedingung und Anwartschaft" verneint Brecht ein gegenwärtiges Recht der Anwartschaft als solches völlig. So ist auch die Eigentumsanwartschaft des Vorbehaltkäufers nach Brechts Ansicht nur eine Summe tatsächlicher Verhältnisse, ein Schatten des künftigen Vollrechts. Der Käufer besäße in unserem Falle nur ein zukünftiges Recht, über das er allerdings schon während der Schwebezeit verfügungsberechtigt sei, nämlich das zukünftige Eigentum selbst. Daß diese dingliche Befugnis nicht ein Teil einer Anwartschaft im eigentlichen Sinne sein kann, ist klar. Auch das Besitzrecht ist nach Brecht nicht ein „der Anwartschaft eigentümliches Recht". Nach seiner Ansicht muß das Besitzrecht von den Parteien als notwendige Voraussetzung für die wirksame Vornahme einer bedingten Uebereignung besonders eingeräumt werden[5]).

Die folgende Untersuchung gilt zunächst dem Wartrecht des Käufers im eigentlichen und engeren Sinne: der Aussicht auf den Eigentumserwerb. Sodann gehen wir auf die von den Parteien regelmäßig gewollte Befugnis des Käufers zum Gebrauch der Sache ein, um schließlich Wartrecht und Gebrauchsrecht in einer Würdigung des gesamten Wartrechtsverhältnisses einander gegenüberzustellen.

---

1) Vgl. Fuchs, a. a. O. S. 402.

2) Planck, Kommentar z. BGB I, S. 279; Staudinger, Kommentar z. BGB § 161, Anm. 1; Enneccerus a. a. O. S. 513.

3) Flatau, die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel (S. 41).

4) Staub, Kommentar z. H. G. B. § 382 Anm. 65.

5) Brecht, Bedingung und Anwartschaft (v. Iherings Jahrb. Bd. 61, insbesondere S. 274).

C. Die Rechtsnatur des Wartrechts.

I. Das Wartrecht im engeren Sinne.

1. Wie wir bereits oben gesehen haben, wird durch den § 158 BGB eine Rückwirkung des Eintritts der aufschiebenden Bedingung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes ausgeschlossen. Das bedingt übertragene Recht ist im Falle des Bedingungseintritts nicht fiktiv bereits vor diesem Zeitpunkt vorhanden. Was sich schon aus § 158 hierfür entnehmen läßt, wird noch durch § 159 BGB bekräftigt; denn hiernach haben Vereinbarungen der Parteien über Rückwirkung lediglich obligatorische Kraft. Wenn trotz der gesetzlich gewollten absoluten Verschiedenheit der beiden Rechtsstufen die Rechtsstellung des bedingt Berechtigten schon während der Schwebezeit vom Gesetz in gewissen Beziehungen als Recht behandelt wird, so kann hierin nicht ohne weiteres die Anerkennung eines nach den Bestimmungen des BGB wirklich vorhandenen Wartrechts erblickt werden. Denn den Gesetzgeber können auch lediglich praktische Gründe dazu geführt haben, eine reine Rechtslage in einzelnen Beziehungen wie ein gegenwärtiges subjektives Recht zu behandeln.

§ 160 bestimmt zunächst nur, daß im Falle des Eintritts der Bedingung der bedingt Berechtigte Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen könne, wenn dieser das von der Bedingung abhängige Recht beeinträchtigt hat. Diese Formulierung des Gesetzgebers kann nicht wörtlich genommen werden.

Ein von dem Eintritt der Bedingung „abhängiges" oder, was dasselbe ist, ein „bedingtes Recht" ist, wie oben gezeigt, ein unmöglicher Begriff [1]).

Ferner: Das gegenwärtige Eigentumsrecht, dessen Uebergang von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemacht ist, steht dem „anderen Teile" selbst zu, und niemand ist wegen Verletzung seines eigenen Rechtes einem anderen zum Schadensersatz verpflichtet, wenn nicht gleichzeitig dadurch dessen rechtlich geschützte Interessen beeinträchtigt werden. Aus diesem Gesichtspunkt heraus läßt sich auch in unserem Falle die Schadensersatzpflicht allein begründen.

Der Rechtsschutz ist nicht etwa nur hypothetisch, weil die Schadensersatzpflicht nur im Falle des Eintritts der Bedingung entsteht. Viel-

---

1) Vgl. S. 4, vgl. auch Flatau a. a. O. am Anfang.

mehr ist mit Planck[1]) daran festzuhalten, daß eine Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß das von der „Bedingung abhängige Recht" nicht vereitelt oder beeinträchtigt wird, sofort d. h. gleichzeitig mit der Vornahme des Rechtsgeschäftes entsteht. Nur die Frage, ob durch eine Verletzung dieser Verpflichtung die Person des bedingt Berechtigten geschädigt und insofern für diese ein Anspruch auf Schadenersatz entstanden ist, kann vor der Gewißheit über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung nicht beantwortet werden[2]).

Ist dem bedingt Berechtigten schon während der Schwebezeit der Gebrauch der Sache gestattet, so ist ihm der bedingt Verfügende unabhängig von dem Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zum Schadensersatz verpflichtet, wenn durch Sachbeschädigung eine Verletzung des Gebrauchsrechts eintritt. Dieser Anspruch hat aber nichts mit dem Anspruch wegen der Verletzung der Aussicht auf das Eigentumsrecht zu tun. Er ist nicht aus dem bedingten Uebereignungsgeschäft als solchem, sondern aus der besonderen Vereinbarung über die Gebrauchsüberlassung zu begründen. (Vgl. S. 38 ff.).

Bothe folgt der Ansicht Plancks[3]), wenn er die Regelung des § 160 BGB als einen „Niederschlag des allgemeinen bei Schuldverhältnissen geltenden Grundsatzes" bezeichnet — eines Grundsatzes dahingehend, daß der Berechtigte zwar keinen unmittelbaren Anspruch auf den Gegenstand des Vertrages, wohl aber einen Anspruch darauf habe, daß der Verpflichtete ihm jenen zur Zeit des Anspruchs leiste, evtl. ihn schadlos halte.

Diese an sich richtige Auslegung Bothes ist nur zu eng begrenzt. Nicht nur bei bedingten Verpflichtungen, sondern auch bei bedingten Verfügungen ist der § 160 nach Wort und Sinn anwendbar.

Unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist auch der Verfügungsempfänger, und das von einer Bedingung abhängige Recht kann ebensogut dinglicher wie obligatorischer Natur sein. Bestellt ein Hauseigentümer dem B aufschiebend bedingt eine Hypothek und steckt er während der Schwebezeit fahrlässig oder vorsätzlich sein Haus in Brand, so ist er dem B der Vorschrift des § 160 gemäß haftbar.

Auch bei der bedingten Eigentumsübertragung kann eine Anwendung oder Vorschrift des § 160 praktisch in Frage kommen, nämlich dann, wenn die bedingte Uebertragung unter der Vereinbarung des Besitzkonstitut[4]) erfolgt. Dann ist der Eigentümer dem bedingt Berechtigten

---

1) Planck a. a. O. § 160 Anm. 1, S. 418.

2) Auch Enneccerus hält die Aussicht für ein gegenwärtiges Recht. Damit aber ist es ganz unvereinbar, daß er deren Verletzung nur dann für Rechtsverletzung hält, wenn die Bedingung eintritt (vgl. Brecht, S. 271, Enneccerus a. a O. § 185, I, 1 b, S. 513).

3) Bothe, Begriff, Zweck und Wirkungen der Bedingungen nach dem BGB. S. 34.

4) Das Gesetz macht nirgends die Einschränkung, daß bei Hinzufügung einer Bedingung der Tatbestand der Uebereignung nur durch die Ueberlassung des un-

bei Verletzung der in seinem (des Eigentümers) Besitz befindlichen Sache außer seiner Haftung aus dem obligatorischen Verhältnis [1]) auch wegen der Verletzung des Aussichtsrechtes gemäß § 160 haftbar.

Dieser Gebundenheit des Eigentümers entspricht das an ihn gerichtete Verbot des Gesetzgebers, kollidierende Verfügungen zu treffen. Während im § 160 die Verletzung einer sich inhaltlich als Erhaltungspflicht darstellenden Schuldpflicht zum Schadensersatz verpflichtet, bestimmt § 161, daß Verfügungen des Eigentümers, die nach und im Gegensatz zu der bedingten Verfügung vorgenommen werden, insoweit keine Wirksamkeit haben, als sie das „von der Bedingung abhängige Recht" vereiteln oder beeinträchtigen würden. Mit gutem Grunde bestimmt der Gesetzgeber, daß solche Verfügungen im Falle des Bedingungseintritts unwirksam *sind*, nicht daß sie unwirksam werden. Hätte der Gesetzgeber sich für eine eintretende Unwirksamkeit entschieden, wäre § 161 dahin zu verstehen, daß eine zweite kollidierende Verfügung zunächst wirksam ist und erst dann unwirksam wird, wenn die für die Wirkung der ersten gesetzte Bedingung eingetreten ist, so wäre damit nicht nur der in den §§ 158, 159 ausgesprochene Grundsatz der Nichtrückwirkung aufgegeben, sondern auch eine ganz neue Rechtsfigur geschaffen. Wieso der Eintritt der Bedingung, der nicht einmal im Verhältnis der unmittelbar Beteiligten Rückwirkung hat, diese Wirkung innerhalb eines Rechtsverhältnisses mit anderen Parteien haben soll, ist nicht verständlich.

Hieraus ergibt sich auch folgendes: Es soll gemäß der bedingten Verfügung Eigentum übergehen vom bedingt Verfügenden auf den Erwerbsberechtigten. Hat aber während des Schwebezustandes der Eigentümer über den Gegenstand verfügt und tritt die Bedingung nunmehr ein, so würde Eigentum übergehen vom Empfänger der zweiten Verfügung auf den der ersten, bedingten. Diese Folgerung ist unumgänglich, wenn man die zweite Verfügung als von Anfang an wirksam, wenngleich unter Resolutivbedingungen erfolgt, ansieht; denn dann ist Eigentum übergangen. Zwar ist die Vorstellung möglich, daß mit Eintritt der Bedingung der ursprüngliche Eigentümer wieder Eigentümer wird, um sofort wieder Eigentum zu verlieren. Allein welchen Wert hat diese Vorstellung, die den früheren Rechtszustand absolut gleichzeitig eintreten und aufhören läßt?

---

mittelbaren Besitzes erfüllt werden könne. Gegen eine solche Einschränkung spräche auch das Interesse des wirtschaftlichen Verkehrs; denn es ist sehr wohl der Fall denkbar, daß den Parteien nur daran liegt, dem Käufer den Erwerb zu sichern, dem Verkäufer aber bis zum Eintritt der Bedingung die Benutzungsmöglichkeit zu überlassen. Natürlich darf es dann ebensowenig wie bei der unbedingten Uebereignung an einer ernstlich gemeinten Abrede über ein Besitzverhältnis im Sinne des § 868 BGB fehlen. Auch die Möglichkeit der Abtretung des Herausgabeanspruchs wird den Parteien oft zustatten kommen, wenn es sich nur darum handelt, dem Käufer einen bestimmten Gegenstand zu reservieren.

1) Etwa als Mieter, Verwahrer.

Die Annahme ferner, daß die zweite Verfügung schwebende Wirksamkeit mit der Möglichkeit, vollwirksam oder vollunwirksam zu werden, habe, ist mit Rücksicht auf die Systematik des BGB nicht gerechtfertigt: Das Gesetzbuch kennt nur schwebend unwirksame Geschäfte, die durch Mitwirkung eines Dritten wirksam, durch seine Ablehnung oder Nichtbeteiligung unwirksam werden. Die umgekehrte Vorstellung schwebender Wirksamkeit ist dem BGB fremd, und nur besonders dringliche Gründe können die Einführung einer solchen Neuerung billigenswert erscheinen lassen. Solche aber sind nicht erfindlich. Man würde dem Gesetzgeber den Vorwurf unklarer Konstruktion machen müssen, wollte man eine solche Kollision für gesetzlich vorgesehen halten: Wer die Anwartschaft als Recht behandelt, sie als vorläufige Wirkung einer Verfügung mit rechtlicher Relevanz ausstattet und doch gleichzeitig einer strikten entgegengesetzten Verfügung über den gleichen Gegenstand dingliche Kraft verleihen will, gibt mit der einen Hand, um mit der anderen zu nehmen.

Das Prinzip der Unverkümmerbarkeit anwartschaftlicher Rechte, von den Motiven als leitender Gedanke betont [1]) fordert vielmehr, daß die die Rechtsaussicht beeinträchtigenden Verfügungen von ihrer Vornahme an als unwirksam zu gelten haben, wobei entsprechend dem Charakter der Wartrechte als Uebergangsstadium schwebende Unwirksamkeit genügt. Der Wortlaut des § 161 kommt, wie oben gezeigt, einer Auslegung in diesem Sinne entgegen, und die Stellungnahme des Gesetzgebers im Falle des § 160 fordert sie geradezu: denn das Verhältnis des § 161 zu 160 ist dahin aufzufassen, daß der § 161 aus den Fällen möglicher Schädigung der Rechtsaussicht diejenige durch Verfügung herausgreift, und zu einem ausreichenden Schutze die Unwirksamkeit beeinträchtigender Verfügungen gegen jeden Dritten wirken läßt. Die Wiedergutmachung des Schadens kann im Falle des § 161 nur so geregelt werden, daß die normalen Folgen der weiteren beeinträchtigenden Verfügungen annulliert werden. Um jeden Zweifel auszuschließen, hätte der Gesetzgeber vielleicht besser gesagt: Jede weitere Verfügung „bleibt" unwirksam, als sie „ist" unwirksam. Doch auch so ist der Sinn der Vorschrift nicht zweifelhaft, wenn man sie im Zusammenhang mit der Bedingungslehre im ganzen betrachtet und die Ausdrucksweise des Gesetzes z. B. im § 185 berücksichtigt, wo der Unterschied zwischen ursprünglicher und nachträglicher Wirksamkeit deutlich wird.

Das Verhältnis der ursprünglichen und der weiteren entgegenstehenden Verfügungen ist demnach dieses: Die das Anwartschaftsrecht begründende Verfügung ist von vornherein gültig, nur ihre Wirkungen sind aufgeschoben. Eine weitere entgegenstehende Verfügung kommt überhaupt erst mit dem Ausfall der Bedingung zustande; bis dahin leidet das ganze Rechtsgeschäft an einem „inneren Mangel" [2]), nur

1) Motive zu dem Entwurf eines BGB Bd. I, S. 261, 1888.
2) Der Ausdruck stammt von Fuchs, a. a. O., S. 389/90.

kann es zum Unterschied von den nichtigen Rechtsgeschäften geheilt werden; mit Eintritt der Bedingung wird die Unwirksamkeit jeder weiteren entgegenstehenden Verfügung zur absoluten Nichtigkeit [1]).

Der durch § 160 geschaffenen Erhaltungspflicht entspricht damit ein an den Eigentümer gerichtetes Verbot, weitere Verfügungen vorzunehmen, die die Rechtsaussicht des Käufers beeinträchtigen könnten. Auch dieser gesetzliche Schutz, den die Aussicht des bedingt Berechtigten genießt, ist nicht als hypothetisch zu bezeichnen. Vielmehr zeitigt die bedingte Verfügung Gegenwartswirkung genug, um ein Recht des Anwärters bereits während der Schwebezeit zu begründen.

Einen „praktischen Inhalt" erhält dieses Recht zwar erst dadurch, das „ein künftiger, vorläufig noch ungewisser Umstand dem Inhaber der Rechtsstellung die Möglichkeit verschafft, den ihm im Voraus zur Verfügung gestellten rechtlichen Schutzapparat zur Verwendung zu bringen [2]). Dies ist aber kein Grund, die gegenwärtige Rechsnatur des Wartrechts zu verneinen oder die Anwartschaft selbst als „bedingt" zu bezeichnen. Denn auch die Rechtsnatur anderer Aussichtsrechte, die in derselben Art wie unser Wartrecht praktischen Inhalt erst beim Eintritt eines zukünftigen ungewissen Umstandes bekommen, ist vom BGB ausdrücklich anerkannt.

Ein Beispiel gibt das dingliche Vorkaufsrecht, dessen Rechtsinhalt nur dann zur Auswirkung kommt, wenn der Eigentümer über das belastete Grundstück mit einem Dritten tatsächlich einen Kaufvertrag abschließt [3]) (§ 1098). Auch die Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandrechtes für eine künftige oder bedingte Forderung, die in den §§ 1113, 2 und 1204, 2 ausdrücklich für zulässig erklärt ist, schafft in der Zeit, in der noch ungewiß ist, ob die Forderung zustande kommt, eine „Rechtslage, die sich nur als rechtlich gesicherte Anwartschaft" darstellt [4]). In der Tat wird niemand bestreiten können, daß solche Hypotheken und Pfandrechte vom Gesetz als unbedingte gegenwärtige Rechtsstellungen anerkannt sind. (Vgl. auch § 1209 BGB).

Strohal kommt es in der Hauptsache auf die Feststellung an, daß im unmittelbaren Anschluß an die bedingte Verfügung ein vermögenswerter Erwerb vorliegt, während uns darum zu tun ist, ob die Rechtsaussicht wirklich ein „ausgewachsenes" subjektives Recht ist [5]). Doch auf Grund der Beispiele, die Strohal gibt, können wir bereits unbedenklich sagen, daß wir mit einer Bejahung auch dieser Frage nicht eine für unseren Zweck konstruierte Ausnahme einführen würden.

---

1) Die Ansicht Cromes, daß der Verfügende noch während der Schwebezeit in der Lage sei, weitere „kollidierende" Verfügungen zu treffen, ist demnach abzulehnen. Vgl. Crome I, 1 S. 441.

2) Strohal, Urteilsrechtskraft und Rechtsnachfolge S. 156/157.

3) und 4) Strohal, a. a. O.

5) Strohal a. a. O. S. 147.

Fuchs[1]) scheint den Rechtscharakter unseres Wartrechts deshalb zu bezweifeln, weil das Wartrecht gegenüber anderen Antwartschaftsrechten geringere oder gar keine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache selbst hat. Eine solche besäße z. B. der Fideikommiserbe durch sein Einspruchsrecht bei Verfügungen des derzeitigen Majoratsherrn, oder der Nacherbe durch sein Recht, Sperrhinterlegung der Inhaberpapiere zu verlangen (§ 2116). Aber das Bedenken ist nicht begründet. In den genannten Fällen erklären sich die weitergehenden Wirkungen aus den grundpfandrechtlichen und erbrechtlichen Vorschriften, die bei unserem Wartrecht nicht vorhanden sind. Dazu betrifft die Einwirkungsmöglichkeit in den obigen Fällen immer die Einwirkung auf das Recht des derzeitigen Inhabers des Vollrechtes, und zwar auf dessen Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Dieses Recht ist aber bei dem Eigentümer der bedingt übereigneten Sache durch positive Vorschrift des Gesetzes derartig gehemmt oder völlig suspendiert, daß eine persönliche Einwirkungsbefugnis des Anwärters überhaupt nicht in Frage kommt. Die von Fuchs angeführten Gesichtspunkte können den Rechtscharakter also nicht angreifen, zumal die besonderen Vorschriften, auf die Fuchs sich bezieht, sich zu den Bestimmungen des allgemeinen Teils nur ergänzend verhalten.

2. Schon die bisherigen Ergebnisse legen die Vermutung nahe, daß das Wartrecht zu der Kategorie der dinglichen Rechte gehört, und zwar der begrenzten dinglichen Rechte, da der Eintritt ausdrücklich hinausgeschoben ist. Von den begrenzten dinglichen Rechten, (Nutzungsrechte, Verwertungsrechte und Erwerbsrechte)[2]) geben nur die Verwertungsrechte dem Berechtigten die Befugnis, unter gewissen Voraussetzungen über die Sache zu verfügen. Ein Verwertungs- oder Pfandrecht des Käufers an der ihm übergebenen Sache kann aber das Wartrecht ebensowenig sein, wie der Eigentumsvorbehalt als Sicherung des Eigentums ein Pfandrecht des Verkäufers ist. Zwar hat der Käufer meist unmittelbaren Besitz; dieser ist ihm aber zum Zwecke des Eigentumserwerb und nicht einer Befriedigung aus der Sache überlassen.

Sollte das Wartrecht trotzdem zu einer, wenn auch beschränkten Verfügung über die Sache berechtigen, so müßte das Verfügungsrecht durch die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften für unsern Fall besonders geschaffen sein. Das ist aber nicht geschehen. Das einzige Resultat der Machtentäußerung ist, daß sie es dem „bedingt Verfügenden unmöglich macht, über das Recht oder die Sache fernerhin anders zu verfügen, als unter Wahrung der durch die bedingte Verfügung geschaffenen Rechtslage“ [3]).

Mit keinem Wort deutet das Gesetz darauf hin, daß der Käufer seinerseits bereits während der Schwebezeit ein Recht habe, selbständig über den Gegenstand des Geschäfts zu verfügen. Seine einzige Befugnis,

1) **Fuchs** a. a. O. S. 403, 404.
2) **Vgl. Leonhard** a. a. O. S. 112.
3) **Motive** I, Bd. 1, 1888, S. 259.

die sich während der Schwebezeit auf den Gegenstand des Geschäfts selbst richtet, ist, daß seine Zustimmung nötig wird, wenn von Seiten des Eigentümers eine wirksame Verfügung vorgenommen werden soll, die über die ihm durch die bedingte Uebertragung zugunsten des Anwärters gesetzten Schranken hinausgeht. Diese nur mittelbare Machtbefugnis ist aber nur als sekundäre Wirkung der gesicherten Aussicht anzusehen, ein Verfügungsrecht des Käufers während der Schwebezeit kann sie nicht begründen [1]). (So würde auch niemand dem Vater, der zu Verfügungen seines minderjährigen Sohnes seine Zustimmung geben muß, deshalb ein eigenes Herrschaftsrecht an dem Objekt zugestehen.) Wer trotzdem ein Verfügungsrecht des Käufers annimmt, kann dies wieder nur aus seinem späteren Eigentumsrechte ableiten; er würde also, was wir bereits oben als unmöglich abgelehnt haben, dem Käufer nichts anderes als ein bedingtes Eigentumsrecht einräumen.

Ein solches Zugeständnis liegt in der Ansicht Flataus, die er über die Verfügungsmacht des Anwärters hat [2]). Folgen können wir ihm, soweit er sagt: „Ein Teil der Macht des Veräußerers, nämlich die Macht, über den Gegenstand der bedingten Verfügung für die Zeit nach dem Bedingungseintritt zu verfügen, ist dem Veräußerer zu Gunsten des Begünstigten entzogen". Dem Charakter unseres Wartrechts widerspricht es aber völlig, wenn er fortfährt: Dieser Teil der Macht sei auf den Begünstigten sofort übergegangen, und der erwerbende Teil habe schon während der Schwebezeit einen „Ausschnitt" aus der dem Eigentümer schrankenlos zustehenden Verfügungsmacht, die Macht über einen — noch dem anderen Teil zustehenden — Gegenstand für die Zukunft, von einem vielleicht eintretenden, ungewissen Ereignisse ab gerechnet, mit Ausschluß aller andern zu verfügen [3]). — Wohl schafft „der Verfügende hier aus der Fülle einer ihm zustehenden Macht heraus ein neues Recht zu Gunsten eines anderen und zu seinen Lasten" [4]), es ist aber nicht nötig, und in unserem Falle direkt falsch, daß dieses neue Recht das gleiche ist, das der Verfügende seiner eigenen Macht entzieht.

Noch deutlicher und bestimmter wird die Ansicht Flataus von Brecht ausgedrückt, der dem bedingt Berechtigten die Macht zugesteht, schon während der Schwebezeit über sein zukünftiges Recht zu verfügen [5]). Das hieße aber nichts anderes, als zum Inhalt einer gegenwärtigen Rechtsstellung ein zukünftiges Recht zu machen, was juristisch ebenso unmöglich ist, wie die Annahme eines bedingten Rechtes. Abgesehen

1) Also besteht auch keine Verfügungsgemeinschaft nach Art eines Miteigentums vgl. S. 11.
2) Flatau a. a. O. S. 34.
3) Flatau S. 35.
4) Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts I, S. 155.
5) Brecht a. a. O., S. 271.

davon, daß dieses zukünftige Recht ebenfalls wieder ein bedingtes wäre, (was Brecht in seiner Abhandlung nicht genügend beachtet, da er bedingte und befristete Rechte in ihrem Werte nahezu gleichstellt) so ist auch mit keinem Worte oder Hinweis des Gesetzes die rechtliche Herrschaft jemandes über ein zukünftiges Recht anerkannt, wie Brecht behauptet. Also kommt eine Verschiebung dieser Herrschaft garnicht in Frage. Denkbar wäre lediglich eine wirksame Verpflichtung zur späteren Uebertragung eines künftigen Rechts, nicht aber eine Verfügung. Denn Verfügen heißt Opfer an einem Rechte bringen, und das ist nur möglich bei einem bereits vorhandenen Rechte [1]).

Brecht meint, die Hilfskonstruktion eines gegenwärtigen Rechtes als Gegenstandes der Verfügung entbehren zu können; er glaubt nicht, daß in der Vorstellung einer gegenwärtigen Verfügung über etwas Zukünftiges etwas Gekünsteltes läge [2]), jedenfalls dann nicht, wenn die Verfügung das zukünftige Schicksal solcher Rechte beträfe, die bereits in der Gegenwart beständen. Diese Vorstellung hat allerdings nichts Gekünsteltes; denn im Grunde genommen betrifft jede Verfügung das zukünftige Schicksal gegenwärtiger Rechte. Brecht übersieht aber, daß das Recht, über das verfügt werden soll, nämlich das Eigentumsrecht des Anwärters, noch nicht in der Gegenwart besteht. Nicht das von Brecht bestrittene gegenwärtige Recht einer Anwartschaft, sondern die angeblich gegenwärtige Herrschaft über ein zukünftiges Recht ist ein unbrauchbarer „Hilfsbegriff" [3]) [4]).

Eher könnte man versucht sein, in dem Wartrecht ein dingliches Nutzungsrecht zu erblicken, da es ja der eigentliche Zweck der Institution des Eigentumsvorbehalts beim Kauf ist, dem Käufer die Möglichkeit der Benutzung und des Gebrauchs der Sache zu verschaffen. Diese Zweckrichtung ist in der obligatorischen Vereinbarung der Parteien enthalten. Ein dingliches Nutzungsrecht könnte aber nur durch einen besonderen dinglichen Einigungsvertrag geschaffen werden, da die positiven Vorschriften des Gesetzes, deren Anwendung zwangsläufig im Anschluß an die bedingte Uebereignung erfolgt, dem Käufer nur die Aussicht auf den Erwerb des Eigentums sichern, ihm aber nicht die Herrschaft über die Sache geben, weder zur Verfügung noch zur Nutzung. Wollte man trotzdem ein dingliches Recht zum Gebrauch annehmen, so könnte dies nur aus einer konstruktiven Ergänzung des vorliegenden Einigungsvertrages begründet werden. Dies ist m. E. unmöglich. Beim besten Willen kann man den Inhalt des dinglichen Vertrages nur dahin zusammenfassen: Die Parteien sind einig darüber, die restlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zum Eigentumsübergang schon jetzt zu schaffen,

1) Vgl. auch Enneccerus Allgm. Teil, 9.—11. Aufl., S. 507, Anm. 8.
2) Brecht a. a. O., S. 267.
3) Brecht S. 267—268.
4) Enneccerus 9.—11. Aufl., S. 507, Anm. 8, 1913, vgl. auch Allgm. Teil.

die Folgen dieser Voraussetzungen aber erst bei Eintritt der Bedingung eintreten lassen. Die bedingte Uebereignung hat demnach keine andern sofort eintretenden Folgen, als die gesetzlich geschützte Aussicht auf den Erwerb und die Verschaffung der tatsächlichen Sachherrschaft.

Allerdings ist der volle Tatbestand auch einer bedingten Uebereignung nicht damit erfüllt, daß dem Käufer die Sache übergeben wird, sondern es muß ihm gleichzeitig ein Recht zum Behalten des Besitzes erwachsen [1]). Oder aber es muß ihm, wenn die Sache zunächst wieder zurückgegeben werden oder überhaupt bis zum Eintritt der Bedingung im unmittelbaren Besitze des Verkäufers bleiben soll, durch einen Vertrag im Sinne des § 868 die Rechtsstellung eines mittelbaren Besitzers verschafft werden.

Bei der unbedingten Uebereignung ist dies für den Fall des § 930 ausdrücklich bestimmt worden. Aber auch in der Vorschrift des § 929 ist, wie Brecht richtig erkannt hat, die Forderung, daß die Verschiebung des Besitzverhältnisses keine nur für einen Moment bestimmte Farce sein dürfe, implicite enthalten. Der Gesetzgeber konnte nur für diesen Fall auf eine ausdrückliche Bestimmung verzichten, da ja „auf Grund des Eigentums das primäre possessorische Verhältnis des Erwerbers ohne weiteres fortbesteht“ [2]).

Da nun gemäß § 158 „nur der ideale Vorgang der Verschiebung des dinglichen Rechts“ [3]), zurückgehalten werden kann, die übrigen tatsächlichen wie rechtlichen Voraussetzungen aber bereits im Augenblick der bedingten Uebereignung zu erfüllen sind, so ist auch zur wirksamen Vornahme einer bedingten Uebereignung die Schaffung eines primären possessorischen Verhältnisses notwendige Voraussetzung.

Hierfür aber praeter legem ein dingliches Herrschaftsrecht zu konstruieren, liegt nicht die mindeste Veranlassung vor. Nach unserer Meinung gibt dem Käufer schon die gesicherte Aussicht auf den Erwerb das Recht zum Behalten des Besitzes [4]), während wir zur Erklärung des Gebrauchsrechts nur auf das obligatorische Grundverhältnis der Parteien zurückgreifen können.

Dieses Ergebnis kann auch nicht durch die Argumente Flataus erschüttert werden [5]), der wie wir das Recht zum Besitz aus der bedingten Uebereignung ableitet, gleichzeitig aber auch die Bestimmung über Dauer und Inhalt, also auch über das Recht zum Gebrauch unmittelbar aus dem dinglichen Vertrage der Einigung selbst entnehmen will. Flatau geht von der Anschauung aus [6]), der obligatorische Kaufvertrag sei durch

---

1) Die Tatsache des Besitzes allein genügt hierfür nicht, denn der Besitz als solcher ist kein Recht.

2) Brecht a. a. O., S. 276—77.

3) Brecht S. 276.

4) Das wird unten noch näher zu begründen sein.

5) Flatau a. a. O., S. 16.

6) a. a. O., S. 40 ff.

die Hinzüfügung der Bestimmung, daß die Uebertragung unter der aufschiebenden Bedingung der Bezahlung erfolgt, gegenüber einem gewöhnlichen Kaufverhältnis modifiziert, und zwar in folgender Art: Nach Parteivereinbarung bestehe für den Verkäufer nicht wie sonst die Pflicht, dem Käufer das Eigentum an der gekauften Sache zu verschaffen, sondern er sei lediglich verpflichtet, den Käufer durch die bedingte Uebereignung in die Lage zu versetzen, durch Bezahlung des Kaufpreises den Eigentumsübergang herbeizuführen. Wäre dies richtig, so müsse man in der Tat den derart modifizierten Vertrag mit der bedingten Uebereignung von Seiten des Käufers als erfüllt ansehen [1]), und man könnte dann auch hinsichtlich des Gebrauchsrechts das obligatorische Grundverhältnis nur als „Auslegungsmittel" für den Inhalt des dinglichen Vertrages der Einigung heranziehen [2]).

Die in diesem Falle aber wieder nötig werdende konstruktive Ergänzung der Einigung [3]) zeigt uns schon, daß die Konstruktion Flataus nicht richtig sein kann. Und sie ist auch nicht richtig: Die Parteien würden mit Recht wohl niemals auf den Gedanken kommen, daß hier kein „normaler" Kaufvertrag zum Abschluß gekommen wäre und das Gesetz gibt uns keine Handhabe dafür, daß der Käufer statt eines Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums nur einen solchen auf Einräumung der Eigentumsanwartschaft haben solle. Auch die gesetzliche Bestimmung des § 455, daß der Verkäufer bei Zahlungsverzug vom Vertrage zurücktreten kann, kann nur bedeuten, daß er dann seiner normalen Leistungspflicht aus dem Kaufvertrage, der Verschaffung des Eigentums enthoben sein soll [4]).

3. Rückblickend können wir nunmehr feststellen, daß das Wartrecht des Käufers weder ein besonders geartetes beschränktes Verfügungsrecht, noch ein Verwertungsrecht, noch ein dingliches Nutzungsrecht ist. Als dingliches Recht kann es mithin nur zu den Erwerbsberechtigungen gehören, und dies wird auch von der herrschenden Lehre angenommen [5]). Auch wir können uns dieser Ansicht aus folgenden Gründen anschließen:

1. Daß die Aussicht des Käufers auf den Erwerb durch die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen absolut, d. h. allwirksam gesichert ist, wurde bereits oben gezeigt.

2. Da die gesicherte Aussicht eine positive Rechtsfolge der bedingten Uebereignung ist, die in Einigkeit der Parteien vorgenommen ist, kommt eine ausdrückliche Einigung hinsichtlich der Verfügungsbeschränkung als weitere Voraussetzung für das Zustandekommen eines derivativen dinglichen Rechts nicht weiter in Frage. Trotz des gesetzlich zwangsläufigen

1) Auf die Frage, ob der Kaufvertrag im Sinne des § 17 K. O. gegen die Argumentation des R. G. als erfüllt anzusehen ist, gehen wir noch näher ein (vgl. S. 30 f.).

2) Flatau a. a. O.

3) Vgl. S. 18.

4) Vgl. S. 30.

5) Vgl. S. 8.

Eintritts der Verfügungsbeschränkung beruht der Erwerb des dinglichen Aussichtsrechtes nicht eigentlich auf gesetzlicher Basis. Die Begründung erfolgt durch die bedingte Uebereignung, also durch Rechtsgeschäft. Daher kann nach den Grundsätzen des BGB ein dingliches Erwerbsrecht nur dann entstehen, wenn es durch Uebergabe der Sache kenntlich gemacht wird.

Diese „Kundmachung des Rechts“ [1]) ist aber mit der bedingten Uebereignung erfolgt. Hiermit schließt sich der Kreis: Erfüllt einerseits die Uebergabe des Besitzes auf Grund der bedingten Uebereignung die notwendige Voraussetzung zum rechtsgeschäftlichen Erwerb eines dinglichen Rechts, so gibt andererseits die durch die bedingte Uebereignung geschaffene Verfügungsbeschränkung und die dadurch gesicherte Aussicht auf den Erwerb dem Verfügungsempfänger auch das Recht zum Behalten des tatsächlichen Besitzes. Es ist also im Gegensatz zu Brechts Ansicht durchaus richtig, wenn die herrschende Meinung die Entstehung eines sofortigen Besitzrechtes aus dem Titel „Uebergabe und bedingte Einigung“ als „automatische“ Folge der bedingten Eigentumsübertragung ansieht [2]). So erklärt sich das Recht zum Besitz sehr einfach als Teil des dinglichen unverkümmerbaren Wartrechts. Nur wenn man wie Brecht das Vorhandensein eines gegenwärtigen Rechtsschutzes der Anwartschaft leugnet, muß man nach einem anderen Grund suchen, aus dem sich das Recht zum Besitz erklärt und damit auch das in den §§ 929 ff. „bei Beachtung ihrer wirklichen Tragweite implicite enthaltene Postulat der Gewährung eines bis zur Entscheidung dauernden, nicht nur vorübergehenden Besitzes“ erfüllt wird [3]). Brecht will hierfür auf Grund seiner Ablehnung eines Wartrechts in unserem Sinne die rein tatsächliche Besitzüberlassung auf obligatorischer Grundlage genügen lassen. Er stützt seine Ansicht darauf, daß die Parteien in solchen Fällen seit jeher stets nur ein obligatorisches Recht auf den Besitz nach Art einer Miete oder Leihe vereinbarten. Tatsächlich trifft dies nicht in allen Fällen zu. (Vgl. S. 24, 30). Vor allem dienen aber die besonderen Vereinbarungen nicht dazu, den dinglichen Wartrechtsbesitz auszuschalten, sondern die Gebrauchs- und Nutzungsverhältnisse klarzustellen.

Die Voraussetzungen für die Annahme einer „Belastung der Sache, die dem Berechtigten das Recht gibt, Eigentümer zu werden“, sind also gegeben. Nach der Einteilung der dinglichen Erwerbsrechte in Gestaltungsrechte, Ansprüche auf Uebereignung und Anwartschaften zum Eigentumserwerb, die sich ohne Rechtshandlung in Eigentum umsetzen [4]), kommt für unser Wartrecht nur die letzte Gattung in Frage. Mit den Ansprüchen auf Uebereignung sind solche gemeint, deren Erfüllung nicht schon teilweise durch eine bedingte Uebereignung in Angriff genommen

1) Leonhard a. a. O., S. 112.
2) Brecht a. a. O., S. 278.
3) Brecht a. a. O., S. 277.
4) Vgl. Wolff, das Sachenrecht 1913, S. 4/5.

ist, die aber z. B. durch eine Vormerkung dinglich gesichert sind. Mit den Gestaltungsrechten ist unser Wartrecht, wie Seckel sagt, nur verwandt, aber keineswegs identisch[1]). Sie sind sich insofern ähnlich, als auch der Inhalt des Wartrechts nicht „eine präsente unmittelbare Herrschaft über ein Objekt" ist. Trotzdem fehlt dem Wartrecht zu der Eigenschaft eines Gestaltungsrechts das charakteristische Merkmal: Die Macht, durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung „eines der Herrschaftsrechte (Gegenkategorie zu den Gestaltungsrechten) einseitig zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, mit einem Worte zu gestalten" [2]). Auch dann, wenn die Uebereignung unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Erwerber das Eigentum erwerben zu wollen erklärt, also unter einen reinen Potestativbedingung erfolgt, „ist hier so wenig wie sonst die Erfüllung der Bedingung Rechtsgeschäft oder anderer konstitutiver Tatbestand, sondern nur von auslösender Bedeutung". Nicht kraft der einseitigen als Bedingung gesetzten Erwerbserklärung ginge das Eigentum über, sondern kraft des in der Vergangenheit liegenden Uebereignungsvertrages. Also sei das Wartrecht nicht ein durch gestaltendes einseitiges Rechtsgeschäft ausübbares Gestaltungsrecht; es werde durch Erfüllung der Bedingung nicht ausgeübt und konsumiert, sondern in ein Vollrecht verwandelt[3]).

Die dinglich gesicherte Aussicht des Vorbehaltskäufers auf das Eigentum ist vielmehr ein Recht, das Eigentum ipso jure zu erwerben. Diese von Enneccerus geprägte Bezeichnung trifft die Rechtslage besser als „Anwartschaft zum Eigentumserwerb", die sich ohne Rechtshandlung in Eigentum umsetzt; denn die Erwerbsberechtigung ist ja gerade der Inhalt der Antwartschaft. Mit den Worten ipso jure soll die Fähigkeit der Erwerbsberechtigung ausgedrückt werden, sich ohne besondere Erwerbshandlung, nicht aber „ohne Rücksicht auf dieses Recht", in Eigentum umzusetzen[4]). Dies betont Enneccerus ausdrücklich gegen einen Angriff Brechts, der behauptet, sich unter einem Recht, das Eigentum ipso jure zu erwerben, nichts vorstellen zu können[5]). Diese Meinung Brechts ist nicht verständlich; denn ein dingliches Recht braucht doch nicht immer zum Selbsthandeln zu berechtigen (so z. B. die Hypothek)[6]). Aber auch vom Gesetze selbst wird die Bezeichnung: Recht zum Erwerbe des Eigentums bei einer unserem Wartrecht in mancher Hinsicht ähnlichen Rechtsstellung angewendet, nämlich beim Rechte des ehrlichen Finders. Gemäß § 973 erwirbt dieser nach Ablauf eines Jahres unter gewissen Voraussetzungen das Eigentum an der gefundenen Sache. Verzichtet der Finder hierauf, so geht nach der Vorschrift des § 976, 1

1) Vgl. Seckel, die Gestaltungsrechte des Bürg. Rechts, S. 219.
2) Seckel a. a. O., S. 208.
3) a. a. O., S. 219.
4) Vgl. Enneccerus a. a O., S. 507, Anm. 7, (Allg. Teil 1913).
5) Brecht a. a. O., S. 270.
6) Vgl. Leonhard Lehrbuch S. 111, 1 D.

sein „Recht zum Erwerbe des Eigentums“ auf die Gemeinde des Fundorts über. Hiermit ist also die Rechtsstellung des Finders vom Gesetz ausdrücklich als ein Recht, das Eigentum zu erwerben, anerkannt, und zwar erwirbt auch der Finder das Eigentum, ohne daß es einer Willenserklärung oder einer sonstigen Rechtshandlung seinerseits bedarf, also ipso jure. Das Recht des redlichen Finders ist auch darin unserem Wartrechte ähnlich, daß der Erwerb des Eigentums an der Fundsache nicht nur durch die gesetzlich festgelegte Zeitspanne befristet, sondern auch durch den Umstand bedingt ist, daß der Eigentümer der gefundenen Sache sich nicht vor dem Ablauf der gesetzlichen Frist meldet. Im ganzen glauben wir, aus der Stellungnahme des Gesetzgebers in der Frage des Funderwerbs unbedenklich folgern zu können, daß sich ein Wartrecht des Käufers als unverkümmerbares dingliches Recht zum Erwerbe des Eigentums ohne Schwierigkeiten dem System unseres Gesetzbuches einordnet.

II. Das Gebrauchsrecht des Käufers.

1. Wie wir bereits erkannt haben, ist in der bedingten Eigentumsübertragung und den daran geknüpften gesetzlichen Folgen noch nicht die rechtliche Begründung für das Recht zum Gebrauch der Sache während der Schwebezeit enthalten. Daß der Käufer dieses Recht erhält, ist aber in der Regel der eigentliche wirtschaftliche Zweck, zu dem der Käufer einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt abschließt, und zwar ist diese Zweckrichtung als selbstverständlicher Vertragsinhalt anzusehen. Denn abgesehen von den seltenen Fällen, in denen nur der Wunsch nach Sicherstellung des Erwerbes eines bestimmten Gegenstandes zu einem solchen Abkommen Anlaß gibt, kauft sich niemand eine Sache unter Eigentumsvorbehalt und legt sich dadurch meist drückende Zahlungsverpflichtungen auf, wenn er den Gegenstand nicht schon dringend braucht, bevor er die nötigen Mittel zur Bezahlung zusammengebracht hat. Ist dieser Zweck durch die bedingte Eigentumsübertragung als solche nicht erreicht, so ist es dennoch die Absicht der Parteien, die Befugnis des Käufers zum Gebrauch der Sache gleichzeitig mit der bedingten Eigentumsübertragung eintreten zu lassen. Durch die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts wird also regelmäßig die Anwendung der dispositiven Vorschrift des § 446, Abs. 1, Satz 2 nicht vertraglich ausgeschlossen. Nur ist nach Treu und Glauben zu entscheiden, ob dem Käufer nach dem Charakter des Vertragsverhältnisses die Nutzungen im Sinne des § 100 BGB in vollem Umfange oder nur zu einem Teil gebühren. Wird von den Parteien nicht ausdrücklich ein Nießbrauchsrecht des Käufers während der Schwebezeit vereinbart, (was ihnen selbstverständlich unbenommen ist), so ist in dem Gebrauchsrecht des Käufers ein obligatorisches Recht (z. B. nach Art einer Miete oder Leihe) zu erblicken, welches sich aus dem obligatorischen Grundvertrage ergibt.

Das zeitliche Nebeneinander eines obligatorischen Gebrauchs- und Benutzungsrechtes mit einem dinglichen Erwerbsrechte bildet auch kein rechtstheoretisches Novum: Wer sollte mich z. B. hindern, jemandem die Benutzung eines Fahrrades zu gestatten, das ich ihm zum Pfande übergeben habe, oder auch dieses Mietsverhältnis gleichzeitig mit der Pfandbestellung eintreten zu lassen? Hier erfolgt die Verschaffung der tatsächlichen Sachherrschaft gleichzeitig zum Zwecke der Pfandbestellung wie zur Verwirklichung des Mietsverhältnisses, und der Berechtigte erwirbt sowohl ein dingliches wie ein obligatorisches Recht zum Besitz. Genau so ist die Rechtslage beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Erfolgt die Uebergabe des unmittelbaren Besitzes einmal zum Zwecke der Eigentumsübertragung, so soll sie außerdem den Erfolg haben, daß von den Parteien vereinbarte obligatorische Gebrauchsüberlassungsverhältnis zur Entstehung zu bringen. Von einem unzulässigen „Hineininterpretieren“ [1]) eines solchen Verhältnisses kann dabei nach der ganzen Zweckrichtung des Grundvertrages nicht die Rede sein.

Vielmehr ist in der obligatorischen Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt eine Erweiterung des Grundvertrages über den Kauf anzusehen, die die spezielle Grundlage für das Gebrauchsrecht des Käufers bildet [2]). Der Kaufvertrag ist nicht modifiziert, wohl aber mit einem Gebrauchsüberlassungsvertrage verbunden, sodaß man vielleicht von einem gemischten Vertragsverhältnisse reden kann. In vielen Fällen wird das Gebrauchsrecht des Käufers während der Schwebezeit von den Parteien ausdrücklich festgestellt, und wo dies unterlassen ist, gestattet uns die Selbstverständlichkeit der Zweckrichtung, den Inhalt des Grundvertrages nach Treu und Glauben entsprechend zu ergänzen [3]). Eine Bekräftigung des Gebrauchrechts durch nähere Vereinbarung ist natürlich in jedem Falle wünschenswert; denn dadurch werden von vornherein viele Unklarheiten und Streitigkeiten vermieden. Man denke sich nur den sehr leicht möglichen Fall, daß bei Ausfall der Bedingung und Rückgabe einer viel benutzten Sache der Verkäufer eine angemessene Entschädigung nach Art einer Mietgebühr beansprucht, daß der Käufer sich aber auf den Standpunkt stellt, die Sache sei ihm während der Schwebezeit „selbstverständlich“ unentgeltlich überlassen. Besonders in einer Zeit schlechten Geschäftsganges, in der die Kaufleute auf Einräumung eines langen Zahlungszieles angewiesen sind, ist vorherige Klarstellung eventueller Entschädigungsansprüche immer zu empfehlen. Daß dies oft unterlassen wird, liegt meist an der Besorgnis des Verkäufers, ein näheres Eingehen auf die Einzelheiten seiner Sicherungsmaßnahmen würde bei dem Käufer den Anschein erwecken, daß man an seiner Kreditwürdigkeit zweifele, und so das Zustandekommen des Kaufes gefährden.

1) Jaffé der Eigentumsvorbehalt beim Kauf S. 13.
2) Vgl. S. 19/20.
3) § 242 BGB, § 157 BGB.

2. Nicht möglich ist es dagegen, das obligatorische Recht auf den Besitz und Gebrauch nur aus dem nichterfüllten Anspruch auf Eigentumsverschaffung, also aus dem Kaufvertrag als solchem, abzuleiten. Der Begriff eines „Kaufverhältnisses" ist dem Gesetz fremd. Ein Kaufvertrag ist auf dauernde Verschiebung von Vermögenswerten gerichtet, sein Zweck ist es, Gegenstände aus einem Vermögen in ein anderes überzuführen. Elemente eines Gebrauchsüberlassungsvertrages enthält er überhaupt nicht. Darum kann auch der Teil des obligatorischen Vertrages, der die Aenderung der Eigentumslage betrifft, also der eigentliche Kauf, nicht die Grundlage für das Besitz- und Gebrauchsrecht während der Schwebezeit bilden.

Wohin die Versuche, dies dennoch zu beweisen, führen können, zeigt die Konstruktion Jaffès [1]). Nach ihm soll sich das Besitzrecht aus einer sich während der Schwebezeit andauernd wiederholenden Uebergabeleistung ergeben, aus einer stückweisen Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht, zu der der Verkäufer bis zum Eintritt der Bedingung verpflichtet sei. Diese Konstruktion ist zum mindesten gekünstelt. Denn die Vorstellung einer andauernd sich fiktiv-konstruktionell wiederholenden Uebergabeleistung ist in der Willensrichtung der Parteien sicher nicht enthalten. Aber auch rechtstheoretisch läßt sich die Ansicht Jaffès nicht halten: Zwar ist der obligatorische Vertrag und damit die Erfüllungspflicht selbst nicht bedingt, aber durch die bereits beim Kaufabschluß getroffene Vereinbarung, daß bei Uebergabe der Kaufsache das Eigentum vorbehalten sein solle, ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Erfüllung während der Schwebezeit suspendiert. Demnach soll er auch nicht durch andauernde Teilleistungen während der Schwebezeit, sondern erst bei ihrer Beendigung befriedigt werden. Da der Anspruch so lange gewissermaßen „ruht", kann er auch nicht die Grundlage des Besitzrechts während der Schwebezeit bilden. M. E. ist der Gedanke gekünstelt, daß das Besitz- und Gebrauchsrecht des Käufers auf einem Verzicht des Verkäufers beruht, die Sache während der Schwebezeit zurück zu fordern. Denn das würde doch mit anderen Worten bedeuten, daß ein Recht des Käufers auf den Besitz und Gebrauch garnicht besteht und daß der tatsächliche Genuß des Besitzes dem Käufer nur deshalb zustattenkommen kann, weil der Verkäufer darauf verzichtet, das Nichtbestehen des Rechtes geltend zu machen.

3. Unsere eigene Ansicht wird dagegen durch die verkehrsübliche Betrachtung der Rechtslage unterstützt: Man legt z. B. bei den in dieser Art am häufigsten vorkommenden Abschlüssen, den Möbelkäufen, zunächst den Kaufobjekten den Namen Miet- oder untechnisch Leihmöbel bei. Das Gesetz gibt keine spezielle Vorschrift über die nähere Auslegung; mit Recht, da der Parteiwille je nach Art des Vertragsobjekts wie nach den begleitenden Umständen verschieden zu beurteilen ist. Wie die Aus-

1) Jaffè a. a. O, S. 17/18.

legung zu gewinnen ist, schreibt der § 157 vor, nach dem zu bestimmen ist, „was die Beteiligten über einen nichtgeregelten Punkt gewollt und erklärt haben würden“ [1]. „Nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ ist zu erforschen, ob nach dem Willen der Beteiligten für die Besitzlage während der Schwebezeit eine der vom Gesetz selbst behandelten Vertragstypen in Frage kommt, oder ob eine besondere Auslegung etwa im Sinne eines polytypischen Rechtsverhältnisses (z. B. Miete und Verwaltung) am Platze ist. Meist wird freilich ein mietsähnliches Verhältnis anzunehmen sein; so z. B. beim Verkauf von hochwertigen Arbeitsmaschinen (Büro oder Werkzeugmaschinen), wenn bei längerer Benutzung der Neuwert der Ware verloren gegangen ist, der Käufer jedoch schon erheblichen Nutzen aus dem Gebrauch ziehen konnte. Gelangt das Kaufobjekt infolge Rücktritts vom Vertrage oder Ausfalls der Bedingung an den Verkäufer zurück, so besteht für ihn eine berechtigte Forderung wegen Gebrauch und Abnutzung des überlassenen Gegenstandes. Als Aequivalent hierfür kann er gegebenenfalls von den bereits bezahlten Kaufpreisraten im Wege der Aufrechnung eine angemessene Summe zurückbehalten. Hat der Käufer den Preis voll bezahlt und ist damit der Eigentumsübergang zustande gekommen, so kann als die Berechnung einer Mietgebühr ein Teil der Differenz angesehen werden, um die sich bei Abzahlungs- oder Zielgeschäften der Preis über die normale bei Zug um Zug-Geschäften angemessene Kaufsumme erhöht und die meist zu groß ist, um nur einen Ausgleich des Zinsverlustes herzustellen.

Ist es in anderen Fällen gegen Treu und Glauben, eine Benutzungsgebühr anzurechnen [2], so liegt in der Schwebezeit eine Leihe oder auch ein Verwaltungsverhältnis vor, das in Zweifelsfällen auch vom R. G. stets angenommen wird (Käufer ist nicht Eigenbesitzer der Sache, sondern nur ihr Verwahrer und Verwalter) [3].

Durch den Rücktritt vom Vertrage findet das obligatorische Gebrauchsüberlassungsverhältnis sein vertragsmäßiges Ende, während der Kaufvertrag selbst ex nunc aufgelöst wird. Das Verhältnis der gesetzlichen Folgen eines Rücktritts zu der Gebrauchsüberlassung ist folgendes: Beim Rücktritt ist gemäß § 346 für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache der Wert zu vergüten. Dieselbe Verpflichtung ist aber bereits in dem Gebrauchsüberlassungsvertrage begründet. Die „causa“ ist in Wirklichkeit ein und dieselbe: Da durch den Rücktritt das alte Schuldverhältnis von jetzt ab aufgelöst, nicht aber ex tunc vernichtet wird, so entsteht jetzt mit der Pflicht zu voller Rückgewähr des Empfangenen ein „wie ein gegenseitiger Vertrag zu behandelndes

---

1) J. W. 12, 190, 742, R. G. 92, 320, 420/21, Vgl. auch Staub II, Exc. zu § 382 Anm. 68 und besonderer Reichsgerichtsräte-Comm. § 157, Anm. 1.

2) Z. B. bei kurzen Zahlungsfristen und beim Kauf von Wertsachen, Kostbarkeiten und anderen Waren, die ihren Wert unverändert behalten.

3) Z. B. R. G. 54, 396 ff.

Verhältnis" [1]). Dieses neue Vertragsverhältnis umfaßt gemäß der erwähnten Vorschrift des § 346 auch die Zeit zwischen Leistungshandlung und Rücktritt. Die Uebergabe wird nunmehr fiktiv so betrachtet, als sei sie nicht zum Zwecke einer Eigentumsübertragung, sondern nur zu einer zeitlich begrenzten Benutzung erfolgt. Im Falle eines Kaufs unter Eigentumsvorbehalt erübrigt sich diese Fiktion, da die obligatorische Vereinbarung der Parteien die eventuelle Zweckbegrenzung von vornherein in sich schließt. Durch den Rücktritt vom Vertrage erwächst demnach unserem Verkäufer kein neuer Anspruch, wohl aber dient ihm die Vorschrift des § 346 dazu, sein Anrecht auf eine Entschädigung für die gestattete Benutzung zu verstärken.

Sowohl aus seiner Erwerbsberechtigung wie aus dem obligatorischen Gebrauchsrechte heraus, ist der Käufer dem Verkäufer gegenüber nur auf Zeit zum Besitze berechtigt, und zwar besteht zwischen beiden in zwiefacher Hinsicht ein Verhältnis im Sinne des § 868, sodaß der Verkäufer während der Schwebezeit mittelbarer Besitzer ist. Endemann [2]) verneint dies, da trotz des Eigentumsvorbehalts durch die Veräußerung die Bestimmung der Sache, zu dem bisherigen Besitzer zurückzukehren, aufgehoben sei. Die Gründe für diese Ablehnung sind mir nicht klar; gerade für unsern Verkäufer ist ein „auf Sicherung des Eintritts in den Vollbesitz gerichteter Schutzanspruch, der das eigene Interesse an dem Besitzstande des Besitzmittlers gegen die Eingriffe Dritter schützt", von großer Bedeutung. In unserer Auffassung folgen wir auch dem in ständiger Rechtsprechung vertretenen Standpunkt des Reichsgerichts [3]).

III. Das Wartrechtsverhältnis.

1. Die bisherigen Ergebnisse unserer Untersuchung zeigen uns, daß die Rechtsstellung des Käufers während der Schwebezeit nur im Ausnahmefalle ein einheitliches Recht ist, nämlich dann, wenn die obligatorische Vereinbarung der Parteien, soweit sie die Stellung des Käufers betrifft, nur die Sicherung seiner Aussicht auf den Eigentumserwerb bezweckt. In diesem Falle hat der Käufer ein einheitliches dingliches Recht, ein Recht zum Erwerbe des Eigentums, das frei übertragbar und insofern auch pfändbar ist [4]). Auch die Vererblichkeit des Erwerbsrechts ist nicht zweifelhaft. Der § 132 des ersten Entwurfs zum BGB., der den Satz aussprach, daß bedingte Rechte vererblich seien, soweit die unbedingten es wären, wurde gestrichen, da es selbstverständlich sei, daß die während der Schwebezeit bestehende Anwart-

1) Achilles-Greiff 1922, zu § 346 R. G. 66, 68.

2) Vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1905, § 32, I, B.

3) R. G. E. Bd. 54, S. 397; 69, 198; 105, 22.

4) Semeka sieht in der Möglichkeit der Uebertragung des Wartrechts nicht mit Unrecht die „Verfügungsbrücke", mittelbar über ein zukünftiges Recht zu verfügen. (Vgl. Semeka, das Wartrecht, a. a. O. S. 132/133.

schaft als ein Vermögenswert ebenso wie jeder andere Vermögensbestandteil auf die Erben übergehe [1]).

Regelmäßig ist jedoch mit diesem Recht ein obligatorisches Recht des Käufers zum Gebrauch des Kaufobjektes verbunden. Daß dieses Recht nicht ebenso wie das dingliche Erwerbsrecht frei übertragbar ist, ergibt sich aus folgender Erwägung: Beim Abschluß des Grundvertrages, der die Pflicht des Verkäufers zur Gebrauchsüberlassung begründet, spielt die Persönlichkeit des Leistungsberechtigten eine wichtige Rolle. Es kann dem Verkäufer wohl gleichgültig sein, wer den Gegenstand später erwirbt, nicht aber, von wem er während der Zeit der Ungewißheit gebraucht wird. Die Gebrauchsüberlassung basiert hier wirtschaftlich ebenso auf einem Vertrauensverhältnis wie bei der Sicherungsübereignung [2]), und sie wird nur dann vereinbart werden, wenn der Verkäufer in der Person des Käufers die Gewähr dafür sieht, daß seine Sicherheit nicht gefährdet wird. In solchen Fällen schützt das Gesetz den Verkäufer dadurch, daß es dem Käufer verbietet, sein Gebrauchsrecht an jeden beliebigen Dritten zu übertragen. Denn da die Leistungspflicht nur mit Rücksicht auf die Person des Käufers vereinbart worden ist, würde das ganze Schuldverhältnis und damit auch die Leistungspflicht des Verkäufers durch die Abtretung der Forderung eine wesentliche Veränderung ihres Inhaltes erfahren (§ 399).

2. In diesem Zusammenhange erhebt sich die Frage, wie sich der Verkäufer dagegen wehren kann, daß der Käufer selbst während der Schwebezeit die Sache mißbräuchlich und schädigend benutzt, oder daß er die Sicherheit des Verkäufers durch Uebereignungsversprechen gefährdet, die bereits vor Entscheidung der Bedingung zu erfüllen sind (so z. B. auf Grund eines Kaufs oder einer Schenkung). Das Gesetz gibt uns wieder keine spezielle Vorschrift, sondern überläßt es der Wissenschaft, aus dem Wesen der gesamten Rechtslage die Frage zu beantworten. Zunächst fragt es sich, ob es dem Verkäufer möglich ist, die verkaufte Sache wegen der bedrohten Sicherheit vom Käufer herauszuverlangen, obwohl weder Ausfall der Bedingung noch Rücktritt vom Vertrage die Einredemöglichkeit des Käufers gegen eine Vindikation aufgehoben hat. Staub will dem Verkäufer bei vertragswidrigem Verhalten des Käufers (nämlich mit Bezug auf das obligatorische Verhältnis) ein sog. persönliches Herausforderungsrecht zugestehen, das unabhängig davon geltend zu machen ist, ob der Verkäufer Eigentümer ist oder nicht. Wäre der Käufer nur obligatorisch zum Besitze berechtigt, und bestände zwischen den Parteien nur das oben erwähnte Vertrauensverhältnis, so wäre gegen ein solches persönliches Recht des Verkäufers, die Sache bei Mißbrauch des Vertrauens wieder herauszuverlangen, nichts einzuwenden. Dieses obligatorische Verhältnis hat aber gegen-

---

1) Prot. I. S. 181.
2) Staub a. a. O.

über dem dinglichen Erwerbsrecht nur eine sekundäre Bedeutung und fehlt, wie wir gesehen haben, mitunter ganz.

Das Erwerbsrecht würde durch Herausgabe der Sache seiner Kenntlichkeit beraubt, bezw. ganz vernichtet werden. Zum mindesten würde die nach außen hin bestehende Unklarheit der Rechtslage nunmehr auch im Innern des Rechtsverhältnisses herrschen, da nun wieder Zweifel darüber entstehen würden, ob die bedingte Uebereignung bestehen geblieben oder ob sie durch die Herausgabe rückgängig gemacht worden sei. Daß die Sache wieder in den unmittelbaren Besitz des Verkäufers übergeht, ist auch nicht die einzige Möglichkeit, die denkbar wäre, um die Sicherheit des Verkäufers, beim Zahlungsausfall gegen Sachschaden geschützt zu sein, ungeschmälert zu erhalten. Zwar dürfte ihm als Eigentümer der Sache seine Berechtigung, andere von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903 BGB), die über ein vertragliches oder dingliches Recht zur Benutzung hinausgeht, in der Praxis wenig nützen, weil ihm die Besitzverhältnisse die rechtzeitige Durchführung seiner Ansprüche regelmäßig erschweren. Dagegen kommt ihm darin ein auch praktisch wirksamer Schutz zustatten, daß er gemäß § 1004 von dem störenden Erwerbsberechtigten die „Beseitigung" der Beeinträchtigung verlangen und, wenn solche weiter zu befürchten sind, auf Unterlassung klagen kann.

Aber auch damit mag die Sicherheit des Verkäufers nicht genügend gewährleistet sein, wenigstens nicht in demselben Maße, wie wenn der Verkäufer die Sache wieder in seinen unmittelbaren Besitz bringen könnte. M. E. hat der Verkäufer aber noch ein anderes Recht, das ihm eine ausreichende Sicherstellung verschafft: Er kann die Hinterlegung des Kaufobjektes verlangen. Der Grund dafür ist folgender: Ebenso wie dem Pfandgläubiger oder dem erwerbsberechtigten Finder erwächst dem aus einer bedingten Uebereignung Erwerbsberechtigten aus seinem Rechte heraus die selbstverständliche Pflicht, die Rechte des Eigentümers nicht zu verletzen. Ueber die Möglichkeit, einer Verletzung dieser Pflicht zu begegnen, ist zwar im Gesetze speziell nichts ausgesagt. Dennoch kann die Verantwortlichkeit des Erwerbsberechtigten hinsichtlich ordnungsgemäßer Erhaltung des fremden Rechtsgutes nicht geringer sein als in den vom Gesetz ausführlich geregelten Fällen. Zu diesen sind außer den bereits genannten auch die Fälle einer Verletzung der Verwaltungspflicht des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer [1]), der Pflichten des Ehemanns zu ordentlicher Wirtschaft mit dem Ehegut der Frau [2]), sowie der Pflichten des Vorerben dem Rechte des Nacherben gegenüber [3]) hinzuzurechnen. Das Gesetz hat überall eine gleichartige Regelung geschaffen. Der Verantwortliche hat, je nach dem Charakter des bedrohten Rechtsgutes, Sicherheit zu leisten oder (wie beim Nießbrauch) die Rechtsausübung einem vom Gerichte zu bestellenden Verwalter zu übertragen

1) §§ 1051/52, vgl. auch §§ 1081/82.
2) §§ 1391/92.
3) § 2128, auch § 2116.

oder den Gegenstand des Rechts zu hinterlegen[1]. Ein Grund, dem Besteller eines Wartrechts einen diesen Vorschriften entsprechenden Schutz zu versagen, ist nicht erfindlich.

Vielmehr ist dem Rechtsgedanken der Verantwortlichkeit gegenüber fremdem Gute auch in unserem Falle Raum zu geben. Zur näheren Bestimmung der Rechte des Eigentümers gegenüber dem Inhaber des Wartrechts glauben wir vorzugsweise die Regelung der Rechte des Vorpfänders heranziehen zu dürfen. Denn in beiden Fällen kommt es regelmäßig nicht auf die Verwaltung eines Vermögenskomplexes, sondern auf die Verwahrung und Erhaltung eines bestimmten Rechtsgutes an. Auch ist die Parallele zum Pfandrecht besonders deshalb naheliegend, weil es sich hier wie dort um gegenseitige Sicherungen handelt, die bei drohender Gefährdung am besten durch Hinterlegung, und wenn sich der Gegenstand nicht dazu eignet, durch gerichtliche Verwahrung der Sache zu schützen sind (vgl. § 1217). Beide Schutzmöglichkeiten sind in unserem Falle einzig geeignet, dem Käufer seine gesicherte Aussicht auf den Erwerb und zu gleicher Zeit dem Verkäufer die volle Sicherheit unangetasteten Eigentums zu erhalten, ohne daß wie bei der Herausgabe an den Verkäufer weitere Unklarheiten in das Rechtsverhältnis getragen werden. Daß der Käufer sich hierbei seines Gebrauchsrechts begeben muß, ist die Folge seines eigenen vertragswidrigen Verhaltens.

Für die bereits eingetretene Schädigung oder Vernichtung der Sache, die auf Verschulden des Käufers beruht, ist dieser gemäß § 823 schadensersatzpflichtig; dieser Anspruch erlischt mit der Bezahlung des Kaufpreises, da ja dann ein Schaden nicht mehr vorhanden ist.

3. Auch nach der Uebergabe behält der Verkäufer den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn durch Verschulden des Käufers die Sache ganz oder teilweise vernichtet wird (§ 324). Dies wird von niemand bestritten. Dagegen wird der Anspruch des Verkäufers trotz der Sondervorschrift des § 446, I von vielen verneint, wenn die Unmöglichkeit seiner Leistung weder von ihm noch vom Käufer zu vertreten ist[2]. Die Frage ob der Verkäufer oder Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache während der Schwebezeit trage, ist in der Literatur bereits von allen erdenklichen Punkten aus erwogen worden. Die Zweifel darüber, ob mit der Bestimmung des § 446, daß die Gefahr nach der Uebergabe der Sache auf den Käufer übergehen solle, Uebergabe im Sinne der Verschaffung der tatsächlichen Sachherrschaft oder der vollen Rechtsverschaffung gemeint sei, dürfen heute zu Gunsten der ersten Auffassung als überwunden gelten: Uebergabe und Eigentumsverschaffung werden im Gesetze grundsätzlich einander gegenübergestellt, und es be-

1) Beim Fund wird behördlich für die Erhaltung der Rechte des unbekannten Verlierers gesorgt und nötigenfalls Hinterlegung der Fundsache bei der Polizeibehörde verlangt (§ 967 BGB).

2) Z. B. Oertmann, Comm. z. BGB Bem. 6 zu § 455, R. G.-Räte-Comm. Bem. 4 zu § 455 O. L. G. Colmar Recht 1912, Nr. 1158.

steht kein Grund zu der Annahme, daß mit „Uebergabe" im § 446 ausnahmsweise die Uebertragung voller rechtlicher Verfügungsmacht gemeint sei, zumal in § 446, 2 ausdrücklich bestimmt ist, daß beim Grundstückskauf die Gefahr schon mit der Eintragung und vor dem Uebergang des Eigentums übergeht [1]). Eine Vorschrift des Gesetzgebers, die den Gefahrübergang auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs verlegen würde, wäre „überhaupt überflüssig, denn wenn die Leistung vollzogen ist, ist es selbstverständlich, daß die Gegenleistung geschuldet wird" [2]).

Schwieriger ist eine andere Frage zu entscheiden: Folgt daraus, daß der Eigentümer noch während der Schwebezeit mittelbaren Besitz an der Sache hat, die Annahme, daß der Eigentümer bis zur Entscheidung der Bedingung trotz § 446, 1 die Gefahr des zufälligen Unterganges zu tragen habe? Biermann behauptet dies und greift deshalb das Reichsgericht an, das diese Konsequenz nicht ziehe. M. E. mit Unrecht. Wenn der Käufer auch die Sache während der Schwebezeit ähnlich wie ein Mieter, Pfandgläubiger etc. besitzt, so kann dies nicht den Ausschlag geben, den § 446, 1 hier nicht zur Anwendung kommen zu lassen. Denn „die Uebergabe der verkauften Sache" braucht ja nicht Uebergabe unter gleichzeitiger Verschaffung des Eigentums zu sein, sondern nur Uebergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung. Zu diesem Zwecke erfolgt die Uebergabe auch bei der bedingten Uebereignung; denn auch sie bezweckt in erster Linie die Aenderung der Rechtszuständigkeit. Daß der Zweck erst in der Zukunft, und unter einer Bedingung erfüllt werden soll, ändert an seiner Grundrichtung nichts. Ein Widerspruch würde allerdings darin liegen, wenn der bedingt Berechtigte als Mieter oder Nießbraucher die Gefahr des zufälligen Untergangs der „verkauften" Sache tragen sollte. „Natürlich" trägt er in dieser Eigenschaft nicht die Gefahr im Sinne des § 446, 1. Das Wartrecht steht aber auch im engeren wie im weiteren Sinne nur wirtschaftlich, nicht rechtlich im Zusammenhange mit dem Kauf als solchem. Wohl besitzt der bedingt Berechtigte die Sache während der Schwebezeit noch als fremde, trotzdem ist sie ihm in seiner Eigenschaft als Käufer übergeben worden. Diese beiden Tatsachen sind streng auseinander zu halten. Wird der Gegenstand des Geschäfts während der Schwebezeit zufällig beschädigt oder vernichtet, so verliert der Eigentümer als Vermieter ganz oder teilweise den Anspruch auf die Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung (§ 323, 1), als Verkäufer behält er seinen Kaufpreisanspruch völlig. Ein Grundsatz des Gesetzes, daß ein Gefahrübergang auf den Käufer trotz Uebergabe dann ausgeschlossen sei, wenn der Käufer in der Zeit bis zur Eigentumsverschaffung die Sache nicht „als eigene" besäße, ist nicht erkennbar, ja beim Versendungskauf trägt der Käufer sogar dann die Gefahr, wenn er überhaupt noch keinen Besitz erlangt hat.

1) Vgl. Kahn, Recht 1903, S. 546—47.
2) Vgl. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, S. 50.

Die Vorschrift des § 447 zeigt deutlich, daß das Gesetz sich in der Frage der Gefahrübertragung ganz auf den Boden der Billigkeit und Zweckmäßigkeit gestellt hat. Mit Unrecht führt die herrschende Lehre „diese Vorschrift darauf zurück, daß das Gesetz die Absendung, soweit sie nicht an den Erfüllungsort gerichtet ist, schon als Leistung des Schuldners ansehe“ [1]). Wenn der Gesetzgeber in unserem Falle die Entscheidung ausdrücklich der Wissenschaft und Praxis überläßt, so kann dies nur so aufzufassen sein, daß der Gesetzgeber die Frage, welche Entscheidung nach den Erfordernissen des wirtschaftlichen Verkehrs der Billigkeit am meisten entspräche, noch einer näheren Erforschung bedürftig gefunden hat. Die mannigfachen Untersuchungen sind vorwiegend zu dem Ergebnis gekommen, daß der Käufer billig die Gefahr zu tragen habe, denn „es hieße eine Prämie auf das Hinausschieben der Zahlung setzen“, wollte man dem Verkäufer auch nach der Uebergabe den Anspruch auf die Gegenleistung bei zufälligem Untergang der Kaufsache versagen. Daß diese Entscheidung der Systematik des Gesetzes nicht widerspricht, glauben wir bewiesen zu haben. Diese Entscheidung gilt auch dann, wenn der Käufer bei der bedingten Uebereignung bereits im Besitze war oder ihn sich auf Grund des abgetretenen Herausgabeanspruchs verschaffen konnte. Hat der Verkäufer gemäß eines Besitzkonstituts den unmittelbaren Besitz behalten, so trägt er auch weiter die Gefahr, denn Uebergabe der Sache im Sinne des § 446 heißt natürlich „Verschaffung des unmittelbaren Besitzes“.

---

1) Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort a. a. O.

D. Der Erwerb des Eigentums.

I. Mit dem Eintritt der Bedingung, also der Bezahlung des Kaufpreises, entfaltet das Erwerbsrecht seine Wirkung: Das Eigentum geht ohne besondere Rechtshandlung auf den erwerbsberechtigten Käufer über. Nicht aber kommt jetzt erst das Rechtsgeschäft der bedingten Verfügung zum Abschluß, wie es den Anschein haben muß, wenn man liest: Der Eigentümer müsse noch im Augenblick des Eintritts der Bedingung den Willen zur Uebereignung haben. Nur der Untergang der Sache oder der gutgläubige Erwerb eines Dritten kann das Erwerbsrecht vernichten. Die innere Schranke aber, die der Eigentümer selbst seinem Rechte durch die bedingte Uebereignung gesetzt hat, kann er nicht einseitig dadurch aufheben, daß er seinen einmal bekundeten Willen ändert. „Das von der Bedingung Abhängige ist nicht das Bestehen des Willens, sondern die durch denselben zu erzielende Wirkung, nicht das Wollen, sondern das Gewollte"[1]). Mit Recht sagt Planck, daß die gegenteilige Ansicht des Reichsgerichts im Grunde das Vorliegen einer bedingten Uebertragung leugne[2]).

Das Reichsgericht[3]) begründet mit seiner Theorie die Behauptung, daß der Verkäufer den Kaufvertrag auch seinerseits nicht erfüllt habe, da ihm während der Schwebezeit die Pflicht verbliebe, seinen Einigungswillen bis zum Eintritt der Bedingung aufrecht zu erhalten oder ihn dann wieder zu haben. Zwar haben auch wir uns bereits oben zu der Anschauung bekannt, daß der Kaufvertrag auch von Seiten des Verkäufers vor dem Eintritt der Bedingung nicht als erfüllt gelten könne. Trotzdem ist zur Begründung dieser Ansicht nicht notwendig, den Standpunkt des Reichsgerichts zu teilen. Ein Kaufvertrag ist eben erst erfüllt, wenn das Eigentum dem Käufer auch wirklich verschafft ist. Unser Verkäufer hat dagegen „dem durch die Uebergabe bereits eingeleiteten Eigentumsübergange im eigenen Interesse geflissentlich ein Hindernis in den Weg gestellt: nämlich die Bedingung der Zahlung; er hat

1) Wanjura, Eigentumsvorbehalt an Grundstücken und an Fahrnis, S. 13/14.
2) Planck, Comm. 1923 § 455, Anm. 2a.
3) R.G.E. Bd. 64, S. 207, 234, Bd. 66, S. 347, Bd. 85, S. 403, Bd. 95, S. 105.

also nicht einmal getan, was in seinen Kräften stand, sondern er hat lediglich die Einrichtung getroffen, daß der Eigentumsübergang, den er erst gegen Empfang der vollen Zahlung herbeizuführen entschlossen ist, sich in diesem Zeitpunkt automatisch vollzieht" (Jaffè a. a. O. S. 88/89). Erfüllung eines Vertrages ist Leistung des Versprochenen; so lange die Leistungshandlungen des Verpflichteten den vollen versprochenen Erfolg nicht herbeigeführt haben, ist im Sinne unseres Gesetzes weder erfüllt noch geleistet. Der Kaufvertrag ist also auch in unserem Falle nicht erfüllt, obwohl es nach der bedingten Uebereignung weder einer tatsächlichen noch einer ideellen Mitwirkung seitens des Verkäufers bedarf.

Die Theorie des Reichsgerichts scheint auch nicht aus einer von der unseren grundlegend verschiedenen Auffassung über das Wesen der bedingten Uebereignung zu entstammen, sie ist vielmehr als Zweckmäßigkeitskonstruktion anzusehen. Dem Reichsgericht kommt es in der Hauptsache auf die richtige Auslegung des Wahlrechts des Konkursverwalters gemäß § 17 K.O. an, dessen „Kernpunkt sich darin zeigt, daß dem Verwalter die Erfüllung des Vertrages von Seiten des „anderen Teils" nicht aufgedrängt werden kann; eine noch nicht vollendete Erfüllung kann sich nicht gegen seinen Willen vollenden"[1]). Nach dem Wortlaut des § 17 kann der Konkursverwalter bei beiderseits unerfüllten Verträgen die Erfüllung von dem anderen Teile „verlangen". Daß hierunter nach allgemeinem Sprachgebrauch die Forderung positiven Tuns zu verstehen ist, hat das Reichsgericht offenbar zur Konstruktion einer noch geschuldeten ideellen Mitwirkung des Verkäufers bei der Erfüllung veranlaßt. Nach richtiger Auslegung bedeutet jedoch das Verlangen des Konkursverwalters nichts anderes, als die Erklärung, daß er in den Vertrag eintrete. So heißt es auch richtiger im § 17, 2, S. 2: „auf der Erfüllung bestehen"[2]).

Wir können demnach, ohne uns dem Vorwurf der Inkonsequenz auszusetzen, an unserem aus dem rechtlichen Wesen der bedingten Uebereignung gefolgerten Schlusse festhalten, daß der rechtsgeschäftliche Tatbestand bereits im Zeitpunkt der Vornahme der bedingten Verfügung vorliegt und durch eine einseitige Willensänderung nicht beeinflußbar ist.

Daß nach diesem Zeitpunkt auch die Geschäftsfähigkeit der Parteien zu beurteilen ist, ist notwendige Folge. Die Wirkung der Bedingung kann mithin auch dann eintreten, wenn eine der Parteien oder beide während der Schwebezeit geschäftsunfähig oder gestorben sind[3]). Eine weiter wichtige Folgerung zieht v. Tuhr[4]): „Auch der Verlust oder die

1) R.G.E. Bd. 64 S. 336.
2) Vgl. Jäger, Komm. zur Konkursordnung, § 17 Anm. 11, S. 298.
3) Vgl. v. Tuhr a. a. O. II, 2, S. 318.
4) a. a. O. Anm. 37.

Beschränkung der Verfügungsmacht ist kein Hindernis für die Wirkung der erfüllten Bedingung. Die Rechtsänderung erfolgt auch dann, wenn der Veräußerer vor Eintritt der Bedingung in Konkurs gefallen ist. Dasselbe ist anzunehmen, wenn eine unverheiratete Frau über ein Stück ihres Vermögens verfügt und vor Eintritt der Bedingung eine Ehe eingeht, infolge deren sie die freie Verfügung über dieses Vermögensstück verliert".

II. Dagegen ist nicht nach dem Zeitpunkt der bedingten Uebereignung die Gutgläubigkeit des Käufers zu beurteilen, wenn der Erwerb des Eigentums vom besitzenden Nichteigentümer erfolgen soll; denn die Vorschriften der §§ 932 ff. sind offenbar nur für den Fall der unbedingten Aenderung der Rechtszuständigkeit gegeben. Der Grundsatz „Hand wahre Hand", dem diese Vorschriften folgen, kann aber dann keine maßgebliche Bedeutung haben, wenn der Käufer sich nicht einmal als Eigentümer fühlt, sondern der gute Glaube, eine Anwartschaft zum Eigentumserwerb vom Eigentümer erhalten zu haben, ist dem Käufer nur dann von Nutzen, wenn er noch zu der Zeit, zu der er das Eigentum erwerben soll, in gutem Glauben ist (§ 932, I S. 1)[1]).

V. Tuhr ist zwar der Ansicht, daß es bei Eintritt der Bedingung auf das geistige Verhalten des Käufers nicht ankomme, da das definitive Recht in diesem Augenblick ohne weiteres aus der Anwartschaft entstände[2]). Ihm ist aber zu entgegnen, daß die Gutgläubigkeit beim Erwerb vom Nichtberechtigten überhaupt nicht auf eine Stufe mit den übrigen tatsächlichen und ideellen Tatbestandsmomenten eines Rechtsgeschäfts zu stellen, sondern nach der Regelung des Gesetzgebers ausschließlich nach den Grundsätzen der Billigkeit und Verkehrssicherheit zu beurteilen ist. Selbst bei der unbedingten Eigentumsübertragung genügt es nicht in allen Fällen, daß der Erwerber im Augenblick der Uebereignung im guten Glauben ist: Bei einer Veräußerung nach § 930 muß der Erwerber, um Eigentümer zu werden, sich seinen guten Glauben so lange bewahren, bis ihm vom Veräußerer die Sache übergeben ist. Selbst bei einer unbedingten Veräußerung kommt es also noch auf das geistige Verhalten des Erwerbers in einem Augenblick an, in dem die eigentliche Verfügung längst erfolgt sein kann. Eine besondere gesetzliche Vorschrift zwingt uns nicht zu der Annahme, daß der gute Glaube deswegen, weil er bei der Vornahme der bedingten Verfügung vorlag, zum Nachteil des Wareneigentümers zu schützen ist. Nach billigem Ermessen ist jedoch zu entscheiden: Fehlt dem Käufer in dem Augenblick, in dem nach dem Willen der Parteien das Eigentum übergehen soll, also bei Eintritt der Bedingung, die Ueberzeugung, das Eigentum rechtmäßig zu erwerben, so ist seinem Erwerbswillen ein rechtlicher Schutz zu versagen.

---

1) A. A. Planck a. a. O. § 932, 1a, vgl. dagegen Biermann a. a. O. § 932, 2a.
2) Vgl. v. Tuhr a. a. O. II, S. 296.

E. Die Bedeutung des Wartrechts für den wirtschaftlichen Verkehr.

Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt hat heute Eingang in alle Volkskreise gefunden; man denke nur an den allerorts üblich gewordenen Abzahlungskauf, der fast nie ohne gleichzeitige Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts abgeschlossen wird. Auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist die aufschiebende Bedingung das Mittel, Kombinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloß Mögliche mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits wirklich, in den Kreis der geschäftlichen Operationen zu ziehen" [1]). Daß in der Zeit der Ungewißheit die Verfügungsmöglichkeit beiderseits stark beschränkt bzw. ausgeschlossen wird, bedeutet natürlich für sich betrachtet eine Hemmung des wirtschaftlichen Verkehrs. Trotzdem kann dies im letzten Grunde den Wert der Güter nicht vermindern; wenn die Möglichkeit bedingter Veräußerungen entfiele, wären die Waren zwar immer frei verfügbar, gleichzeitig aber würde der Warenumsatz sinken und damit die Verfügungsmacht des Berechtigten brach liegen. So kann der Vorwurf Cromes, Wartrechte lähmten den freien Verkehr, das Wartrecht des Vorbehaltskäufers nicht treffen. Der beste Beweis hierfür ist gerade die Häufigkeit, mit der dieses Recht im Wirtschaftsleben in Erscheinung tritt. Nur wirkt sich naturgemäß der besonders lebhafte Streit, der über den Grundcharakter des Rechts herrscht, auch in rechtspolitischer Beziehung schädlich aus. Darum muß im Interesse der Verkehrssicherheit vom Gesetz größere Klarheit über Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in ihrem Verhältnis zueinander wie im Verkehr mit Dritten verlangt werden. Klarheit muß herrschen über die Trennung dinglicher und obligatorischer Beziehungen, über die freie Verfügbarkeit des dinglichen Erwerbsrechtes des Käufers einerseits wie über den Charakter des meist auf schuldrechtlicher Grundlage beruhenden Gebrauchsrechts andererseits. Zur Erreichung dieses Zieles können die vertragschließenden Parteien selbst vieles beitragen, indem sie in ihren Vereinbarungen die während der

1) Neumann, Ueber die Rechtswirksamkeit von Verfügungen während des Schwebens einer aufschiebenden Bedingung S. 36.

Schwebezeit von ihnen gewollte Rechtslage deutlich kennzeichnen. Dennoch ist zu hoffen, daß ein künftiges Gesetz unserem Wartrecht als selbständigem Rechtskörper die gebührende Beachtung schenkt und ihm den Raum gibt, der seiner Wichtigkeit im Rechtsleben entspricht.

Erst dann wird das Wartrecht des Käufers nicht nur in rechtstheoretischer, sondern auch in wirtschaftspolitischer Hinsicht ein vollkommenes Mittel sein, den Austauschverkehr der Güter von den „Schranken der Gegenwart" [1]) zu befreien, vollkommen deshalb, weil das Wartrecht selbst „im festen Grunde der Gegenwart ankert" [2]).

1) Neumann a. a. O.
2) v. Jhering, Geist d. r. Rechts III, S. 167.

Lebenslauf.

Ich, Otto Hermann Alfred Steller, evang. Konfession, bin geboren am 19. April 1903 zu Steglitz bei Berlin. Meine Eltern sind der Ministerialamtmann a. D. Geh. Hofrat Gerhard Steller und seine verstorbene Ehefrau Alwine geb. Steller.

Meine Schulbildung erhielt ich auf dem humanistischen Gymnasium zu Steglitz, dessen Vorschule und Hauptanstalt ich in den Jahren 1909—1921 besuchte.

Am 19. Februar 1921 bestand ich an diesem Gymnasium die Reifeprüfung und erlernte darauf vom 1. März 1922 bis zum 1. April 1922 in der Berliner Bankfirma Laupenmühlen und Co. das Bankfach. Im S.-S. 1922 begann ich an der Philippsuniversität zu Marburg das Studium der Rechte und studierte dortselbst sechs Semester, ein weiteres, S.-S. 1924, an der Universität Berlin. Am 16. Juni 1926 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung.

Nach einer kaufmännischen Fachausbildung trat ich am 1. Januar 1927 als Syndikus und Organisationsleiter in die Berliner Handelsfirma Schäfer & Clauß, Generalvertretung für Deutschland der „Dalton" Additions- und Buchungsmaschinen ein, in welcher Stellung ich mich auch jetzt befinde.

Am 14. Juni 1928 bestand ich das Examen Rigorosum an der Universität Marburg.

Meinen akademischen Lehrern, insbesondere Herrn Geheimrat Professor Dr. Leonhard, bin ich zu großem Dank verpflichtet.